Der Hypothekenbrief.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Universität Marburg

vorgelegt von

Erich Knieper
Gerichtsreferendar, Unna i. W.

O. Maercker Nachf. (O. Hundt), Plettenberg.

Inhalts-Uebersicht

Schriftenverzeichnis.

Adler: Studien zur Lehre von den Wertpapieren und dem Wechsel, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 26 S. 19 ff.

Adler: Zu Otto v. Gierke's Sachenrecht, ebendort Bd. 33 S. 737 ff.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1912.

Danziger: Wie pfändet man eine Briefhypothek?, in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 11 ff.

Dennler: Der Hypothekenbrief des neuen Rechts, in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 68 S. 153.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 8. u. 9 Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus: Recht der Schuldverhältnisse, in Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Bearbeitung, Marburg 1915.

Fischer, Max: Der Hypothekenbrief im neuen Rechte, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14, S. 233 ff.

Güthe: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. Berlin 1913.

Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4 Abtlg. 1, 2. Aufl., Leipzig 1917.

Kober: Sachenrecht, in v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. und 8. Aufl. München u. Berlin 1912.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin u. Leipzig 1888.

Nußbaum: Deutsches Hypothekenwesen, Tübingen 1913.

Oberneck: Das formelle Reichsgrundbuchrecht, in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 898 ff.

Petersen: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 5. Aufl., Lahr 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1906.

Predari: Die Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Nürnberg und Leipzig 1910.

Scherer: Ist der Hypothekenbrief ein Wertpapier? in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910 S. 228 ff.

Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1910.

Schweitzer: Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. und § 40 BGB., in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 558 ff.

Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., Tübingen 1913.

Wolff: Das Sachenrecht, in Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bearbeitung Marburg 1913.

A. Die Hypothek im allgemeinen.

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist." So bestimmt das Gesetz in § 1113 B. G. B. den Begriff der Hypothek.

Die Hypothek ist demnach ein dingliches Recht an einem Grundstück[1]) und dient dazu, dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, eine ihm zustehende persönliche Forderung zu verwirklichen. Sie soll in erster Linie einen Zwang auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks ausüben, dafür Sorge zu tragen, daß die persönliche Forderung ordnungsmäßig erfüllt wird, sei es nun, daß er den nur persönlich haftenden Schuldner hierzu anhält, sei es, daß er selbst leistet. Denn wird der durch die Hypothek gesicherte Gläubiger nicht gehörig befriedigt, so hat dieser das Recht, sich im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück Befriedigung zu verschaffen (§§ 866 ZPO., 1147 BGB.) Dabei aber läuft der Grundeigentümer Gefahr, entweder die Nutzungen des Grundstücks auf bestimmte Zeit (§§ 148, 155, 161 Abs. 2 ZVG, Zwangsverwaltung) oder gar das Eigentum am Grundstück selbst zu verlieren (§ 90 ZVG., Zwangsversteigerung). [2]) Auch die Grundschuld ist eine Belastung des Grundstücks in der Weise, daß zu Gunsten des Berechtigten eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Aber sie setzt zum Unter-

1) oder Erbbaurecht, §§ 11, 18 ff. der Verordnung v. 16. Jan. 1919 früher § 1047 Abs. 1 BGB.

2) Die dritte Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, nämlich die Eintragung einer — der bereits bestehenden nachfolgenden, § 897 BGB, — Sicherungshypothek würde dem Gläubiger nichts nützen, vergl. Wolff, Sachenrecht § 140 I, 1.

schiede von der Hypothek keine Forderung voraus, deren Sicherung sie dienen soll. (§ 1191 f. BGB.)

Das Gesetz kennt zwei Arten von Hypotheken, die „gewöhnliche Hypothek“ [1]) und die „Sicherungshypothek“. Die erstere, ihrer Natur nach für den Verkehr bestimmt, wird meist als Verkehrshypothek bezeichnet; die viel seltenere Sicherungshypothek dagegen dient in erster Linie dem rein persönlichen Kredit zwischen bestimmten Personen (z. B. als Kautionshypothek, § 1190 BGB). Der praktische Unterschied zeigt sich besonders darin, daß bei der gewöhnlichen Hypothek zu Gunsten der Verkehrssicherheit die Wirkungen der Eintragung im Grundbuch erheblich erweitert sind (§§ 1138, 891—899, 1185 BGB) Die Verkehrshypothek hat nach dem Gesetz zwei Formen. Sie erscheint als Briefhypothek, wenn „die Erteilung eines Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist“, und als Buchhypothek, wenn die Erteilung ausgeschlossen ist.[2]) Die Briefhypothek ist sonach im Verhältnis zur Buchhypothek entgegen der Auffassung des ersten Entwurfs zum BGB.[3]) die Normalhypothek im Sinne des BGB. Diese Auffassung des Gesetzes entspricht der Entwickelung in der Praxis.[4]) Die Briefhypotheken übersteigen an Zahl und Betrag die Buchhypotheken bei weitem. Wenn man dazu berücksichtigt, daß die Gesamtsumme der auf deutschem Grund und Boden ruhenden Hypotheken bereits für 1910 auf etwa 60 Milliarden Mark angesetzt wurden und Hypotheken in kleinsten Beträgen, zumal in ländlichen und kleinstädtischen Verhältnissen, häufig vorkommen, so gewinnt man eine Vorstellung von der ungeheuren Zahl der im Verkehr befindlichen Hypothekenbriefe.

Dem sonach überaus wichtigen Rechsgebilde des Hypothekenbriefes seien die folgenden Ausführungen gewidmet.

Wir wollen zunächst erörtern, wie der Hypothekenbrief entsteht, welchen Inhalt er hat, und sodann betrachten, welche rechtlichen Wirkungen an ihn geknüpft sind, um daraus seine wirtschaftliche Bedeutung zu erkennen.

Entstehung und Inhalt des Hypothekenbriefs sind in der Grundbuchordnung geregelt, die Grundlage dafür bilden die Bestimmungen des BGB.

---

1) § 1186 BGB.
2) vergl. z. B. §§ 1117, Abs. 1, 1139, 1154, Abs. 3, 1160 Abs. 1 BGB.
3) vergl. Mot. Bd. 3 S. 618.
4) Nußbaum § 11, I und § 32.

B. Entstehung und Inhalt des Hypothekenbriefes.

1. Regelfall.

§ 1116 Abs. 1 BGB stellt für den Regelfall die materiellrechtliche Grundlage für die Entstehung des Hypothekenbriefes dar: „Ueber die Hypothek wird ein Hypothekenbrief gebildet." Darin liegt, daß über jede Hypothek nur ein einziger Hypothekenbrief gebildet wird. Auch die Ausstellung von Duplikaten, wie sie das Wechselrecht kennt (A. 66—69 W. O.), ist unzulässig. Sobald also die hypothekarische Belastung im Grundbuch eingetragen ist, muß ein Brief darüber ausgestellt werden, auch ohne daß ein hierauf gerichteter Antrag vorliegt. Ausschließlich zuständig für die Fertigung des Hypothekenbriefes ist das Grundbuchamt (§ 56 GBO), also in Preußen das Amtsgericht, in dessen Bezirk das belastete Grundstück liegt (A. 1 AG BO). Für die äußere Form des Briefes ist nach Reichsrecht nichts vorgeschrieben; sie ist nur durch Anordnungen der einzelstaatlichen Justizverwaltung geregelt.

Dagegen enthält das Reichsrecht eingehende Bestimmungen über den Inhalt des Briefes. Es unterscheidet dabei zwischen wesentlichen, d. h. die Gültigkeit bedingenden, und nicht wesentlichen Erfordernissen. Zur Gültigkeit eines Hypothekenbriefs gehört, daß er als solcher bezeichnet ist, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück nennt und mit Unterschrift und Siegel versehen ist (§ 56 GBO.) Wo die Bezeichnung als Hypothekenbrief auf der Urkunde steht, ist gleichgültig. In Preußen befindet sie sich gemäß § 38 Abs. 1 AB.[1]) in der Form „Preußischer Hypothekenbrief" als Ueberschrift auf der Urkunde. Darüber, in welcher Währung der Geldbetrag der durch die Hypothek gesicherten Forderung ausgedrückt werden soll, ist nichts bestimmt, doch wird es zweckmäßig sein, die gegenwärtige Reichswährung zu wählen, auch wenn der Betrag im Grundbuch in anderer Weise ausgedrückt ist (vergl. § 28 S. 2 GBO.) Zur Bezeichnung des belasteten Grundstücks genügt jede Art, die einen Zweifel darüber, welches Grundstück gemeint ist, ausschließt, sodaß auch ortsübliche Namen ausreichen können. Endlich muß der Hypothekenbrief Unterschrift und Siegel des Grundbuchamts tragen. Die Verfassung der Grundbuchämter unterliegt landesrechtlicher Regelung, sodaß sich auch nach Landesrecht bestimmt, wer den Hypothekenbrief unterzeichnen muß. Nach preußischem Recht ist Unterschrift des Grundbuch-

1) Allgem. Verfg. vom 20. Nov. 1899 (JMBl. S. 349).

richters und des Gerichtsschreibers erforderlich (A. 7 Abs. 1 AGBO.). Da die landesrechtlichen Bestimmungen hier sonach eine notwendige Ergänzung der reichsrechtlichen bilden, sind preußische Hypothekenbriefe, bei denen die eine oder die andere Unterschrift fehlt oder ungültig ist, nichtig.[1]) Die Siegelung ist zu unterscheiden von der einfachen Stempelung. Dort wird der Abdruck eines Siegelzeichens auf einen mit dem Papier der Urkunde verbundenen selbständigen Stoff (Siegellack, Oblatenklebstoff) gesetzt, während die Stempelung sich als Abdruck eines Farbstempels oder einer Presse auf der Urkunde selbst darstellt.[2])

Eine Datierung des Hypothekenbriefs ist nicht notwendig, aber in den amtlichen Formularen stets vorgesehen.

Eine Reihe unwesentlicher Erfordernisse des Hypothekenbriefs, deren Nichtbeachtung die Gültigkeit desselben nicht hindert, sondern nur zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens nach Maßgabe der §§ 12 GBO., A. 8 AGBO. verpflichtet, sind sowohl nach Reichs- wie nach preußischem Landesrecht vorgeschrieben.

Nach Reichsrecht muß das Grundstück nicht nur irgendwie unterscheidbar bezeichnet sein, sondern der Hypothekenbrief soll auch die Nummer des Grundbuchblattes tragen, auf dem das belastete Grundstück und die Hypothek verzeichnet sind (§ 57 Abs. 1 GBO.) Außerdem soll der Hypothekenbrief einen Auszug aus dem Grundbuch enthalten, dessen Umfang in § 57 Abs. 2 Ziff. 1—4 GBO. bezeichnet ist. Danach sind in dem Brief aufzunehmen:

1) Die Bezeichnung des belasteten Grundstücks nach dem Inhalt des Grundbuchs. Durch diese Ordnungsvorschrift wird die Mußvorschrift des § 56 ergänzt. Die dort als notwendig geforderte Bezeichnung des belasteten Grundstücks kann auch in der in § 57 Abs. 2 Ziff. 1 gedachten Weise erfolgen und geschieht tatsächlich praktisch immer durch Beobachtung lediglich dieser Bestimmung.

2) Die Bezeichnung des Eigentümers, d. h. des z. Zt. der Fertigung des Hypothekenbriefs eingetragenen Eigentümers des belasteten Grundstücks.

3) Der Inhalt der die Hypothek betreffenden Eintragungen. Also ist weder wörtliche Uebertragung erforderlich, noch Beobachtung der Förmlichkeiten der Eintragung, wie etwa die zugehörige Unterschrift des Grundbuchamts. Auch für den

1) Dagegen genügt z. B. nach sächs. Recht die Unterschrift des Richters.
2) KGJ 20 A. 14.

Inhalt ist der Zeitpunkt der Erteilung des Briefs maßgebend, und zwar ist alles aus den Grundbuch aufzunehmen, was auf das hypothekarische Recht irgendwie von Einfluß sein kann. Die Eintragungen umfassen bei Begründung der Hypothek nach § 1115 BGB. die Angabe des Gläubigers, den Geldbetrag der zu sichernden Forderung, die etwa vereinbarten Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, wie Tilgungsbeträge und Vertragsstrafen. Soweit es sich um die nähere Bezeichnung der Forderung handelt, also z. B. bei Vereinbarungen über Zinstermine, Kündigungsfristen, Zahlungsort, ist es zulässig, im Grundbuch auf die Eintragsbewilligung Bezug zu nehmen. Bei Eintragung von Hypotheken für Darlehen solcher Kreditanstalten, deren Satzungen von den nach Landesrecht zuständigen Behörden öffentlich bekannt gemacht sind, ist sogar bezüglich der satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzungen zulässig (§ 1115 Abs. 2 BGB.) Alle anderen Vereinbarungen, die also weder der näheren Bezeichnung dienen, noch Nebenleistungen der gedachten Art zum Gegenstande haben, z. B. die, daß der Eigentümer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe (§ 800 ZPO.), sind im Grundbuch einzutragen. Wollte man eine Bezugnahme in diesem Umfang auch für den Hypothekenbrief gelten lassen, so würde er im Verkehr ohne Einsicht der Grundakten oft unverständlich bleiben. Daher bestimmt § 57 Abs. 2 Ziff. 3 GBO., daß, soweit zur Ergänzung einer Eintragung auf eine Urkunde Bezug genommen wird, auch der Inhalt dieser Urkunde in den Brief aufzunehmen ist. Hiervon gelten zwei Ausnahmen.

Einmal braucht im Falle des § 1115 Abs. 2 BGB. der Inhalt der Satzung nicht in den Brief aufgenommen zu werden. Diese Bestimmung des § 57 GBO. beruht auf demselben Gedanken wie § 1115 Abs. 2 BGB., daß sich hier jeder leicht Kenntnis von der Satzung verschaffen kann. Ferner unterbleibt die Aufnahme des Inhalts der in Bezug genommenen Urkunde auch dann, wenn sie über die durch die Hypothek gesicherte Forderung ausgestellt ist. Diese Urkunde oder, wenn sich ihr Inhalt auch auf andere Angelegenheiten bezieht (z. B. bei einer Restkaufgeldhypothek auf den Kaufvertrag), ein öffentlich beglaubigter Auszug aus der Urkunde soll nämlich mit dem Hypothekenbrief verbunden werden. (§ 58 Abs. 1 GBO.) Dadurch wird der vom Gesetz in § 57 Abs. 2 Ziff. 3 verfolgte Zweck in erhöhtem Maße erreicht. Die in § 58 Abs. 1 vor-

gesehene Verbindung von Urkunden erfolgt durch Schnur und Siegel (§ 41 AV). Daß eine Schuldurkunde ausgestellt wird, ist die Regel. Auch das Gesetz geht von diesem Gedanken aus. Denn § 58 Abs. 3 GBO fordert, daß dem Grundbuchamt ein besonderer Nachweis geliefert wird, wenn ausnahmsweise keine Schuldurkunde gebildet ist.[1]) Zum Nachweise genügt eine entsprechende Erklärung des Eigentümers. In welcher Form diese abgegeben werden muß, hängt von dem Ermessen des Grundbuchrichters ab. Auch eine mündliche oder privatschriftliche Erklärung kann genügen. § 29 GBO. kommt nicht zur Anwendung, da diese Erklärung nicht „zu einer Eintragung erforderlich“ ist.[2])

4) Die kurze Bezeichnung des Inhalts der Eintragungen, die der Hypothek im Range vorgehen oder gleichstehen. Hier bedarf es also im Gegensatz zu Ziffer 3 nur eines kurzen Auszugs aus den vor- und gleichstehenden Posten. Bei Hypotheken und Grundschulden genügt deren Betrag; der Zinssatz bei Hypotheken ist nur zu erwähnen, wenn er 5% übersteigt (§§ 38, Abs. 2 Ziff. 4 AV., 1119 Abs. 1 BGB.) Auch wenn vor- und gleichstehende Eintragungen nicht vorhanden sind, ist dies zu erwähnen, damit der Gläubiger Gewißheit hat, daß diese Frage vom Grundbuchrichter geprüft worden ist.[3]).

Der Inhalt des Hypothekenbriefs soll möglichst in Uebereinstimmung mit dem Grundbuch gehalten werden. Daher hat das Grundbuchamt grundsätzlich Eintragungen, die später bei der Hypothek erfolgen, von Amtswegen in den Hypothekenbrief aufzunehmen und die Vermerke mit Unterschrift und Siegel zu versehen (§ 62 Abs. 1 GBO.). Aendert sich der Inhalt des Grundbuchs, soweit der Auszug auf ihm beruht, in anderer Weise, so ist der Auszug auf Antrag zu ergänzen (§ 57 Abs. 3 GBO.)

Ueber die Vorschriften des Reichsrechts hinaus ermächtigt § 97 GBO. die Landesjustizverwaltungen anzuordnen, daß der in § 57 bezeichnete Auszug noch andere als die dort vorgeschriebenen Angaben enthalte und daß bei teilweiser Löschung oder Abtretung der Hypothek auf den Brief vermerkt werde,

---

1) Es ist also nicht richtig, wenn Güthe Anm. 6 zu § 57 annimmt, daß Gesetz sehe die Bestimmung des § 57 Ziff. 3 als Regel an, die nur praktisch in ihr Gegenteil verkehrt werde.

2) Predari Nr. 4 zu § 58.

3) KGJ. 21 A. 173.

auf welchen Betrag er noch gilt. Preußen hat von diesem Recht in §§ 37, 38 AB. Gebrauch gemacht. Darnach ist das belastete Grundstück nach dem Kataster zu bezeichnen und hat die gesamten Angaben des Bestandsverzeichnisses, soweit es sich auf das belastete Grundstück bezieht, zu enthalten, also Größe, Grundsteuerreinertrag, Gebäudesteuernutzungswert. Auch die Erwerbspreise der letzten 10 Jahre sowie Schätzungs- und Feuerversicherungssummen sind in den Brief aufzunehmen, soweit sie sich aus dem Grundbuch ergeben.

Der so fertiggestellte Hypothekenbrief wird nun vom Grundbuchamt in Verkehr gebracht. Entsprechend der Bestimmung des § 1117 Abs. 1 BGB. weist § 60 GBO. das Grundbuchamt an, den Brief dem Eigentümer des Grundstücks auszuhändigen. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek nämlich erst dann, wenn ihm der Brief vom Eigentümer übergeben wird. Vorher steht die Hypothek diesem zu (§ 1163 BGB.), und daher ist er auch solange Eigentümer des Briefes (§ 952 BGB.). Die Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger kann aber auch durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger befugt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Dann erwirbt der Gläubiger die Hypothek, sobald außer der dinglichen Einigung die besondere Vereinbarung und die Eintragung vorliegen. Dieser Vorschrift trägt § 60 Abs. 2 GBO. Rechnung. Er fordert aber, daß in allen Fällen, in denen der Brief nicht dem Eigentümer ausgehändigt werden soll, die entsprechende Bestimmung zu Protokoll des Grundbuchamts oder in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde getroffen werde. (§ 29 Abs. 1).

Wie bei einer Briefhypothek nachträglich die Erteilung des Briefes ausgeschlossen werden kann, so kann auch eine bestehende Buchhypothek in eine Briefhypothek umgewandelt werden (§ 1116 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 BGB.). Formell ist hierzu ein Antrag des Eigentümers oder des Gläubigers erforderlich (§ 13 GBO.). Sobald dann die Löschung des Ausschließungsvermerks erfolgt ist, wird ein Hypothekenbrief in der eben dargestellten Weise gebildet. Da die Hypothek dem Gläubiger hier schon vorher zustand, ist der Brief dem Gläubiger unmittelbar auszuhändigen. (§§ 950 BGB., 60 Abs. 1 GBO.). Auch hier ist eine abweichende Bestimmung des Gläubigers zulässig. (§ 60 Abs. 2 GBO.).

2. bei der Gesamthypothek.

Neben den oben geschilderten allgemeinen Vorschriften gelten für Gesamthypotheken wesentliche Besonderheiten. Eine Gesamthypothek liegt vor, wenn für eine Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht (§ 1132 BGB.) Ueber eine Gesamthypothek soll grundsätzlich nur ein Hypothekenbrief erteilt werden (§ 59 Abs. 1 GBO) Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Brieferteilung für die mehreren Grundstücke gleichzeitig erfolgt oder zu verschiedenen Zeiten. Für letzteren Fall bestimmt § 63 GBO., daß die spätere Belastung auf dem bestehenden Briefe zu vermerken und der Inhalt desselben bezüglich des neubelasteten Grundstücks so zu ergänzen ist, daß er den Erfordernissen des § 57 GBO. entspricht. Statt dessen kann aber auch ein neuer Brief über die Gesamtbelastung nach § 59 ausgestellt werden, der dann die Angabe zu enthalten hat, daß er an die Stelle des bisherigen Briefes tritt (§ 68 Abs. 1 GBO.). Diese Vorschriften gelten aber nur, wenn die mithaftenden Grundstücke im Bezirk desselben Grundbuchamts liegen. Gehören dagegen die Grundstücke zu den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so erteilt jedes für die Grundstücke seines Bezirks einen besonderen Brief. Dessen Inhalt bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften. Ein Vermerk über die Mithaftung der anderen Grundstücke ist nach § 49 GBO. von Amtswegen im Grundbuch einzutragen und daher gemäß § 57 Abs. 2 Ziff. 3 GBO. auf den Brief zu übernehmen. Die einzelnen Briefe werden sodann durch Schnur und Siegel miteinander verbunden (§§ 59 Abs. 2 GBO., 41 AV.). Die Grundbuchämter müssen daher auf dem Wege gegenseitiger Verständigung und Mitteilung der Urkunden diese Verbindung herbeizuführen suchen.

Nach § 1132 Abs. 2 BGB. ist der Gläubiger einer durch Gesamthypothek gesicherten Forderung befugt, deren Betrag auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes fortan nur für den ihm zugeteilten Betrag haftet. Damit sind mehrere Einzelhypotheken entstanden. Hieraus zieht § 64 GBO. eine notwendige Folgerung: Wird eine Gesamtbriefhypothek auf die einzelnen Grundstücke verteilt, so ist für jedes Grundstück ein neuer Brief auszustellen; eines besonderen Antrages bedarf es hierzu nicht. Hier ist auf den neuen Briefen nach § 68 GBO. zu vermerken, daß sie an die Stelle des bisherigen Gesamthypothekenbriefes treten.

3. bei gemeinschaftlichen Hypotheken.

Mit der Gesamthypothek ist die gemeinschaftliche Hypothek nicht zu verwechseln Eine solche liegt dann vor, wenn jemand Gläubiger mehrerer Hypotheken an demselben oder an denselben Grundstücken ist und diese Hypotheken im Range gleichstehen oder unmittelbar aufeinander folgen. Handelt es sich dabei um Briefhypotheken, so ist dem Gläubiger auf seinen Antrag mit Zustimmung der Eigentümer ein sämtliche Hypotheken umfassender Brief auszustellen (§ 66 GBO.). Die Zustimmung der Eigentümer ist deshalb erforderlich, weil ein derartiger gemeinschaftlicher Brief ihre Interessen berühren kann. Wenn z. B. ein Eigentümer eine der Hypotheken bezahlt hat und diese dadurch auf ihn übergegangen ist, muß er sich erst wieder einen neuen Brief erteilen lassen, wenn er darüber verfügen will. Auf dem gemeinschaftlichen Hypothekenbrief ist zu vermerken, daß er an die Stelle der bisherigen Briefe tritt (§ 68 Satz 1 GBO). Der Gläubiger kann aber jederzeit den gemeinschaftlichen Brief wieder in Einzelbriefe zerlegen lassen (§ 67 GBO.)

4. bei Teilung der Hypothek.

Die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung ist stets eine Geldforderung (§ 1115 Abs. 1 BGB.). Wie diese, so muß auch die Hypothek teilbar sein. Diese Notwendigkeit ergibt sich praktisch vor allem, wenn ein Hypothekengläubiger einen Teil seiner Forderung mit der hypothekarischen Sicherheit übertragen oder belasten will oder wenn er für einen Teil seiner Forderung befriedigt wird. Handelt es sich um eine Briefhypothek, so sieht daher § 1152 BGB. für diese Fälle die Bildung von Teilhypothekenbriefen vor. Die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks ist nicht erforderlich. Denn ebensowenig wie er die Teilung der Hypothekenforderung hindern kann, darf ihn ein Einfluß auf die Behandlung des einzelnen unabhängig von den andern bestehenden Teiles der Hypothek zugestanden werden.[1])

Ein Teilhypothekenbrief kann von dem Grundbuchamt, einem Gericht oder einem Notar hergestellt werden (§ 61 GBO.). Welches Gericht oder welcher Notar zuständig ist, bestimmt die Landesgesetzgebung; für Preußen sind es alle deutschen Amtsgerichte

1) Mot. Bd. 3 S. 761.

und Notare (A. 31 Abs. 1 Pr. FGG.). Diese zur Erleichterung des Hypothekenverkehrs getroffenen Bestimmungen über die Zuständigkeit sind unbedenklich, da durch die Teilung an dem materiellen Bestande der Hypothek nichts geändert wird, sodaß ein Tätigwerden des Grundbuchamts nicht erforderlich erscheint.

Voraussetzung für die Fertigung von Teilbriefen sind Vorlage des Hypothekenbriefs und ein entsprechender Antrag. Dieser bedarf keiner Form, da er sich nicht auf eine Eintragung bezieht.[1]) Nach § 61 Abs. 3 GBO. soll die Herstellung des Teilhypothekenbriefs, nach § 39 Abs. 2 AB. (gemäß § 97 GBO.) der Betrag, auf dem der Stammbrief noch gültig ist, auf diesem vermerkt werden. Die Beobachtung dieser Ordnungsvorschrift setzt die Vorlage des Hypothekenbriefs voraus. Ein besonderer Antrag ist deshalb erforderlich, weil die Teilung der Hypothekenforderung und deren Eintragung im Grundbuch auch ohne Bildung von Teilbriefen zulässig ist. Zur Teilung genügt an sich die Einräumung des Mitbesitzes am Stammbrief, bezüglich dessen die Einzelhypothekare Miteigentümer sein würden. Antragsberechtigt ist sowohl der bisherige wie der neue Gläubiger der abgezweigten Teilforderung.

Was den Inhalt des Teilbriefes betrifft, so ist auch hier zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Erfordernissen zu unterscheiden. Wesentliche Erfordernisse sind: Die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief, eine beglaubigte Abschrift der in § 56 Satz 2 GBO. vorgesehenen Angaben des bisherigen Briefes, dessen Vorlegung also auch aus diesem Grunde erforderlich wäre, die Angabe des Teilbetrages der Hypothek, auf den sich der Brief bezieht, Unterschrift und Siegel; nicht wesentliche: eine beglaubigte Abschrift der übrigen nicht unter § 56 Satz 2 GBO. fallenden Angaben des bisherigen Briefes und der auf diesem befindlichen Vermerke und die Verbindung einer beglaubigten Abschrift der mit dem Stammbrief verbundenen Schuldurkunde mit dem Teilbrief, endlich nach § 68 der Vermerk auf diesem, daß er für den Teilbetrag an die Stelle des bisherigen Briefes tritt.

---

1) Predari Nr. 5 zu § 61.

C. Untergang und Erneuerung, insbesondere Unbrauchbarmachung und Aufgebot des Hypothekenbriefs.

In denjenigen der eben erörterten Fälle, in denen an Stelle eines bereits bestehenden uneingeschränkt ein neuer Hypothekenbrief tritt, ist nach § 69 GBO. der bisherige Brief unbrauchbar zu machen. Dies gilt auch dann, wenn der Berechtigte, d. h. der Hypothekar unter Vorlage des Briefes den Antrag stellt auf Erteilung eines neuen. Einem solchen an keine Form gebundenen Antrage ist ohne Darlegung eines besonderen Interesses[1]) stattzugeben (§ 67 GBO.). Dieses wird aber meist dadurch begründet sein, daß der Brief beschädigt oder infolge zahlreicher Vermerke unübersichtlich geworden ist. Wird die Erteilung des Briefes über eine Hypothek nachträglich ausgeschlossen oder eine Briefhypothek gelöscht, so ist der Brief ebenfalls unbrauchbar zu machen. Bei allen diesen Vorgängen ist er dem Grundbuchamt einzureichen, da die Erneuerung, der Ausschluß des Briefes und die Löschung der Hypothek im Grundbuch vermerkt werden, diese Vermerke eine Eintragung „bei der Hypothek" darstellen und diese Eintragung wiederum von der Vorlegung des Briefes abhängt (§§ 68, 42 GBO.).

Ueber die Art der Unbrauchbarmachung ist im Reichsrecht nichts bestimmt, deren Regelung vielmehr dem Landesrecht überlassen. In Preußen gilt § 42 Abs. 1 A.-V.: „In den Fällen des § 69 GBO. ist der Brief in der Weise unbrauchbar zu machen, daß, nachdem die bei dem Rechte bewirkte Eintragung auf dem Brief vermerkt ist (§ 62 GBO.), der Vermerk über die erste Eintragung des Rechts durchstrichen und der Brief mit Einschnitten versehen wird". Eine etwa mit dem Hypothekenbrief verbundene Schuldurkunde ist zu trennen und, falls sie nicht mit einem neuen Brief zu verbinden ist, an den zurückzugeben, der den Brief eingereicht hat.[2]) Das gleiche gilt von dem Brief selbst, sofern nicht aus besonderen Gründen die Zurückbehaltung desselben bei den Grundakten angemessen erscheint (§ 42 Abs. 2 AV.).

---

1) Nach § 130 Pr. GBO. hing die Erneuerung vom Ermessen des Gerichts ab.

2) Besondere Nachforschungen zur Ermittelung des Berechtigten können dem Grundbuchamt nicht zugemutet werden, vergl. Predari N. 6 zu § 69.

Ist die Vorlegung des Briefes dem Berechtigten nicht möglich, so kann sie stets durch Vorlegung eines Ausschlußurteils ersetzt werden (§§ 67, 42 Abs. 3 GBO.). Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines solchen Urteils sind in den §§ 1162, 1170, 1171 BGB. enthalten. Danach kann ein abhanden gekommener oder vernichteter Hypothekenbrief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Für dieses Verfahren gelten die für die Kraftloserklärung einer Urkunde maßgebenden Bestimmungen der ZPO. (§§ 1003—1024). Zuständig ist das Gericht der belegenen Sache, in Preußen also das Amtsgericht, das zugleich das Grundbuch des belasteten Grundstücks führt. Das Ausschlußurteil erklärt hier den bisherigen Brief unmittelbar für kraftlos (§§ 1005 Abs. 2, 1017 Abs. 1 ZPO.). Anders in den Fällen der §§ 1170, 1171 BGB. Ist nämlich der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung im Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 BGB. zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise, z. B. durch Zinszahlung, anerkannt worden ist. Auch ohne diese Voraussetzung kann der unbekannte Gläubiger ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme hinterlegt. Diese Art des Aufgebotsverfahrens regeln die §§ 982—987, 1024 ZPO. Hier hat das Ausschlußurteil mittelbar die Wirkung, daß der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief kraftlos wird. Ist ein Brief durch den Erlaß eines Ausschlußurteils kraftlos geworden, so kann er auch einem Gutgläubigen den Erwerb der Hypothek nicht mehr vermitteln.[1]) Auf dem etwa zu erteilenden neuen Brief ist stets zu vermerken, daß er an Stelle des bisherigen tritt. (§ 68 Abs. 1 GBO.)

1) Mot. Bd. 3 S. 763.

D. Die rechtlichen Wirkungen des Briefes.

1. bei Entstehung der Hypothek.

Der sorgfältigen Regelung, die Entstehung und Inhalt des Hypothekenbriefes im Gesetz erfahren haben, entspricht die Bedeutung, die mit dem Briefe verbunden ist. Diese äußert sich in rechtlicher und damit mittelbar auch in wirtschaftlicher Beziehung.

Schon bei der Entstehung der Briefhypothek zeigt der Hypothekenbrief eine eigenartige Wirkung. Während zur Entstehung von Rechten an Grundstücken zu Gunsten eines anderen gemäß § 873 BGB. nur die Einigung des Berechtigten und des anderen über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung derselben im Grundbuch erforderlich ist, bedarf es zur Entstehung einer Briefhypothek für einen andern außer der durch das Wesen der Hypothek bedingten Forderung noch der Uebergabe des Hypothekenbriefs durch den Eigentümer an denjenigen, der die Hypothek erwerben soll (§ 1117 BGB.). Uebergabe ist die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes. Sie kann ersetzt werden durch die Uebergabesurrogate der §§ 929 Satz 2, 930 und 931 BGB., also durch Uebergabe kurzer Hand, Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs, endlich auch nach § 1117 Abs. 2 durch die Abrede, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Die letztere Vereinbarung ist im Grunde eine Art der Abtretung des Herausgabeanspruchs.[1] Zwar tritt der Eigentümer mit dem Grundbuchamt als staatlicher Behörde in erster Linie in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, kraft dessen dem Eigentümer ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Aushändigung des Briefes zusteht. Dieser Herausgabeanspruch ist der Verfügung des Eigentümers entzogen, kann also nicht dem Gläubiger abgetreten werden. Daneben besteht aber auch ein privatrechtliches, der Verwahrung ähnliches Rechtsverhältnis zwischen dem Grundbuchamt, also dem Justizfiskus, und dem Eigentümer. Mit der Eintragung der Hypothek wird regelmäßig der Eigentümer des Grundstücks auch Eigentümer des Hypothekenbriefs und hat auch als solcher einen Herausgabeanspruch gegen den den Besitz ausübenden Justizfiskus (§§ 1163 Abs. 2, 952, 985 BGB.). Wird eine Vereinbarung

1) Wolff, § 133, V, I, KGJ. 21 A. 171.

gemäß § 1117 Abs. 2 BGB. getroffen, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek, ihm steht nun kraft Verfügung des Eigentümers der privatrechtliche Herausgabeanspruch gegen den Fiskus zu. Die Vereinbarung bedarf zu ihrer materiellen Wirksamkeit keiner Form. Der Herausgabeanspruch kann aber dem Grundbuchamt gegenüber nicht geltend gemacht werden, wenn der Eigentümer nicht in der Form des § 29 Satz 1 GBO. das Grundbuchamt zur Herausgabe an den Gläubiger ermächtigt (§ 60, Abs. 2 GBO.) Erst dadurch wird ein Widerspruch zwischen dem öffentlich rechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt und dem privatrechtlichen gegen den Justizfiskus verhindert.

Ist der Gläubiger einmal im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Uebergabe an ihn mit dem Willen des Berechtigten erfolgt sei. Der Gläubiger wird also als Inhaber des Rechts aus der Hypothek angesehen und hat daher auch die Vermutungen der §§ 1138, 891 BGB. zur Seite. Diese können aber durch den Nachweis, daß die Uebergabe nicht erfolgt sei, entkräftet werden. (§ 292 ZPO.)

2. bei ihrer Abtretung und Belastung,

a) äußere Form derselben.

Der weitaus wichtigste Akt in der Wandlung der Brief hypothek zwischen ihrer Entstehung und ihrem Untergang ist die Uebertragung. Das Gesetz geht hierbei von dem Grundsatz aus, daß die Hypothek und die durch sie gesicherte Forderung mit Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Zusammenhang („akzessorischer Charakter“) auf Seiten des Berechtigten nicht voneinander getrennt werden dürfen, und bestimmt daher in § 1153 Abs. 2 BGB.: Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden. Bei der Uebertragung muß also wenigstens nach außen hin der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, daß sowohl die Forderung wie die Hypothek auf den Erwerber übergehen soll. Ergibt sich aus den Erklärungen der Parteien eine gegenteilige Absicht, so ist die Abtretung wirkungslos. Abtretung ist der die Rechtsänderung unmittelbar herbeiführende („dingliche“) Vertrag im Gegensatz zu dem Vertrag, durch den sich ein Hypothekengläubiger zur Uebertragung der Hypothekenforderung verpflichtet. Schon nach § 401 BGB. gehen mit der abgetretenen Forderung die für sie bestehenden Hypotheken auf den

neuen Gläubiger über. Aber § 1153 gibt dieser Bestimmung für die Hypothek erst zwingende Kraft. Darum ist § 401 nicht überflüssig: Nach § 1159 z. B. gelten für die Uebertragung der gesicherten Forderung, soweit sie auf Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen oder auf Kostenersatz gerichtet ist, die allgemeinen Vorschriften der §§ 398 ff. Hier kommt nur § 401 BGB. zur Anwendung, nicht § 1153, sodaß es also nur eines formlosen Abtretungsvertrages bedarf.[1]) Bezüglich der Form, in der sich die Abtretung der durch die Hypothek gesicherten Forderung selbst äußerlich vollzieht, macht das Gesetz einen Unterschied, je nachdem es sich um eine Buch- oder eine Briefhypothek handelt. Während bei jener die hypothekarische Sicherung der Forderung als eine Belastung des Grundstücks derart in den Vordergrund gekehrt ist, daß ihre Uebertragung lediglich nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts erfolgt, also durch Einigung der Beteiligten und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch (§ 1154 Abs. 3 BGB.), hat das Gesetz das Institut des Hypothekenbriefs dazu benutzt, eigenartige Formen für die Abtretung einer Briefhypothek auszubilden. Auch hier gilt für die Uebertragung der Forderung und Hypothek der § 398 BGB. Erforderlich ist demnach ein auf die Rechtsänderung gerichteter Vertrag der Beteiligten, außerdem aber nach § 1154 Abs. 1 die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Uebergabe des Hypothekenbriefes. Die Abtretungserklärung muß von dem Zedenten eigenhändig mit seinem Namen oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterschrieben werden (§ 126 BGB.). Der bisherige Gläubiger hat jedoch auf Verlangen des Erwerbers die Erklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen. Die Uebergabe kann durch ihre Surrogate sowie durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Zessionar befugt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Ist der Zessionar im Besitz des Briefes, so wird vermutet, daß die Uebergabe des Briefes an ihn erfolgt sei. Einen Ersatz für die schriftliche Form[2]) der Abtretungserklärung bildet die Eintragung der Abtretung im Grundbuch. Uebergabe

1) vergl. Wolff, § 136 II. 3.

2) Ungenau daher Staudinger, wenn er in Note 1, A. 3d zu § 1154 sagt, die Abtretungserklärung werde durch die Eintragung im Grundbuch ersetzt.

des Hypothekenbriefs oder eine ihr gleichstehende Vereinbarung ist aber auch hier erforderlich.

Den Regeln über die Uebertragung des Hypothekenrechts ist auch seine Belastung mit Nießbrauch und Pfandrecht unterworfen (§§ 1068 f., 1273 f.). Also muß in jedem Falle die Uebergabe des Hypothekenbriefs erfolgen. Wie bei der Abtretung genügen auch hier die Uebergabesurrogate und eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2. Nur bei der Verpfändung ist zu beachten, daß hier an Stelle der Uebergabe einerseits das dem Erkennbarkeitsprinzip im Pfandrecht widersprechende Besitzkonstitut ausgeschlossen ist, und andererseits auch die Einräumung des Mitbesitzes am Hypothekenbrief unter Mitverschluß oder der Besitz eines Dritten, der zur Herausgabe des Briefes nur an den Hypothekar und den Pfandgläubiger gemeinsam befugt ist, genügt (§§ 1274, 1205, 1206 BGB.).

b) Verhältnis von Brief und Grundbuch.

Für den Erwerb der Briefhypothek oder eines Rechts an ihr ist es von Bedeutung, welchen Einfluß ein Widerspruch zwischen dem Inhalt des Grundbuchs und dem des Hypothekenbriefs hat. Da das Grundbuch die alleinige Grundlage des Hypothekenrechts ist, so folgt, daß bei solchem Widerspruch das Grundbuch vorgeht. Von dieser Regel macht das Gesetz aber wichtige Ausnahmen.

Das Institut des Hypothekenbriefs gibt die Möglichkeit, die Hypothek auch unabhängig vom Grundbuch auf einen andern zu übertragen. Der hiermit offenbar erfolgte Zweck einer Förderung des Hypothekenverkehrs bringt es von selbst mit sich, daß bei Abtretung von Hypotheken, soweit es sich um die Person des Berechtigten handelt, der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt. Auch sonst sind Widersprüche aller Art denkbar.

Nun sind aber an die Eintragung im Grundbuch in den §§ 891 ff. BGB. wichtige Folgen geknüpft, sowohl zu Gunsten des Eingetragenen wie auch dessen, der auf die Richtigkeit der Eintragung vertraut. Daher bestimmt § 1155, daß die §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung finden sollen, wie wenn der Besitzer des Briefes im Grundbuch eingetragen wäre, falls sich sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden, auf

einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Einer solchen Erklärung steht ein im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehender Beschluß gleich, durch den die Hypothek an Zahlungsstatt überwiesen wird,[1]) sowie das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis eines kraft Gesetzes erfolgten Ueberganges der hypothekarisch gesicherten Forderung. Ein solches kann der Erwerber von dem bisherigen Gläubiger nach §§ 412, 403 BGB. stets fordern. Ein eingetragener Gläubiger ergibt sich stets aus dem Hypothekenbrief. Der erste Hypothekar ist schon gemäß §§ 37 Ziff. 3 GBO., 1113 BGB. aus dem Hypothekenbrief ersichtlich, meist aber auch ein späterer Gläubiger, da die Erwerber einer Hypothek, wie später ausgeführt werden wird, meist ein Interesse daran haben, ihre Eintragung nachträglich zu bewirken. Daher kann der neue Gläubiger durch bloße Einsicht des Briefes ohne Schwierigkeit prüfen, ob der Zedent in der nach § 1155 erforderlichen Weise legitimiert ist.

Dem so als Gläubiger ausgewiesenen Besitzer des Briefes steht daher die Vermutung zur Seite, daß er der Hypothekar sei (§ 891 BGB); wer dies bestreiten will, muß es beweisen. Wer im guten Glauben von diesem Briefbesitzer erwirbt oder ihm kündigt oder leistet, wird geschützt; ihm gegenüber können Einreden aus einem Mangel im Rechte des Vormannes nicht geltend gemacht werden, ihm kann also insbesondere nicht entgegengehalten werden, daß eine Uebergabe des Briefes an einen Vormann nicht stattgefunden habe, er also garnicht Gläubiger geworden sei (§§ 892 f.). Gegen ihn richtet sich der Anspruch des wahren Hypothekars auf Berichtigung und die sie vorbereitende Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 894 bis 899). Die Möglichkeit einer Berufung auf §§ 892 f. ist aber sonst bei Briefhypotheken eingeschränkt. Sie ist ausgeschlossen, soweit sich die Unrichtigkeit des Grundbuches aus dem Hypothekenbrief oder einem, wenn auch nur privaten Vermerk darauf ergibt. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Brief oder einem Vermerk darauf hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich (§ 1140 BGB.). Es genügt

---

1) Denn nur die Ueberweisung an Zahlungsstatt macht den Vollstreckungsgläubiger zum Rechtsnachfolger seines Schuldners, des bisherigen Hypothekengläubigers.

schon, wenn der Brief begründete Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuches aufkommen läßt. Demnach wird auch hier der Hypothekenbrief dem Grundbuch gleichgestellt, aber zu Gunsten des Grundeigentümers oder des bisherigen Gläubigers und zu Ungunsten der Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes an ihr. Das Gesetz verlangt also, daß der Erwerber einer Briefhypothek oder eines Rechtes an ihr sich zuvor Kenntnis von dem Inhalt des Hypothekenbriefs verschafft und sich nicht mit der Einsicht des Grundbuchs begnügt.[1]) Ergibt sich nach § 1140 die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Brief, so entfällt damit die Notwendigkeit des Beweises, daß der Erwerber schlechtgläubig gewesen sei. Er wird ohne weiteres so behandelt, als hätte er die Unrichtigkeit gekannt, und muß alle Einwendungen, die sich aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk darauf ergeben, gegen sich gelten lassen. Entsprechendes gilt für den, der an den fälschlich Eingetragenen leistet oder ein Rechtsgeschäft der in § 893 BGB. gedachten Art mit ihm vornimmt, obwohl sich aus dem Briefe der Mangel der Berechtigung ergibt.

3. bei Uebertragung der Hypothek in der Zwangsvollstreckung.

Eine Uebertragung[2]) der Forderung und Hypothek kann auch gegen den Willen des Gläubigers durch den Spruch des Gerichts erfolgen. Dabei ist zu unterscheiden, ob derjenige, der die Hypothek erwirbt, gegen den bisherigen Gläubiger einen Anspruch auf Uebertragung hatte, oder ob die Uebertragung der Hypothek zu seiner Befriedigung wegen eines anderen Anspruchs erfolgte.

Im ersteren Falle soll ein Ersatz für die Handlungen geschaffen werden, die der bisherige Gläubiger hätte vornehmen müssen. Wer zur Uebertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung verpflichtet ist, hat eine mindestens schriftliche, auf Verlangen öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung zu erteilen und den Hypothekenbrief zu übergeben. Mit der Rechtskraft des auf die Uebertragung der Hypothekenforderung gerichteten Urteils, bei Abhängigkeit der Uebertragung von einer Gegenleistung mit Erteilung der Vollstreckungsklausel gilt die Ab-

---

1) Mot. Bd 3 S. 756.

2) Das Folgende gilt entsprechend für die Belastung von Forderung und Hypothek.

tretungserklärung als gegeben (§ 894 ZPO.). Die Form, in der die Erklärung des Schuldners abzugeben war, ist für die Anwendbarkeit des § 894 belanglos.[1]) Das Urteil ersetzt also auch die Form der öffentlichen Beglaubigung, sodaß auch diese Art der Uebertragung geeignet ist, eine Kette von Abtretungserklärungen der in § 1155 vorgesehenen Art zu vermitteln. Verweigert der bisherige Gläubiger die Herausgabe des Briefes, so muß sie erzwungen werden. Das zur Uebertragung der Hypothekenforderung verurteilende Erkenntnis bildet hierfür den Vollstreckungstitel. Da es sich um die Herausgabe einer beweglichen Sache handelt, kommen die Vorschriften der §§ 883, 886, 889 ZPO. zur Anwendung. Darnach hat der Gerichtsvollzieher den Brief wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben. Wird der Brief nicht vorgefunden, so ist der Verurteilte verpflichtet, auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er den Brief nicht besitze, auch nicht wisse, wo er sich befinde. Verweigert er die Eidesleistung, so ist er auf Antrag des Gegners in Geld- oder Haftstrafe zu nehmen. Befindet sich der Brief im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Vollstreckungsgläubiger auf seinen Antrag der Herausgabeanspruch gegen jenen zu überweisen. Nimmt der Gerichtsvollzieher den Brief bei dem Hypothekengläubiger oder dem Dritten zum Zwecke der Ablieferung an den Vollstreckungsgläubiger weg, so gilt die Uebergabe an diesen als erfolgt.

Damit hat der Vollstreckungsgläubiger die Forderung und die Hypothek erworben (§ 897 ZPO.), falls sein Vorgänger Gläubiger war. War dieser aber nicht der Berechtigte, so finden die Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung, sodaß also derjenige, der gutgläubig eine Hypothekenforderung im Wege der Zwangsvollstreckung erwirbt, dann dinglich berechtigt wird, wenn der Gegner entweder durch Eintragung im Grundbuch oder nach § 1155 BGB. legitimiert war (§§ 898 ZPO., 1138 BGB.).

Sind eine Forderung und die sie sichernde Hypothek[2]) Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs,

---

1) Petersen Nr. 3 zu § 894.

2) Denn beide sollen nach der Absicht des Gesetzes kein gesondertes Schicksal haben.

der nicht auf Uebertragung der Forderung und Hypothek gerichtet ist, so kommen zunächst die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen zur Anwendung. Diese Art der Vollstreckung erfolgt durch Pfändung und Ueberweisung der Forderung nebst Hypothek zur Einziehung oder an Zahlungsstatt.

Nach § 1274 BGB. geschieht die vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Uebertragung des Rechts geltenden Bestimmungen. Dieser Regelung ist der § 830 ZPO. angepaßt, der bestimmt, daß zur Entstehung eines Pfändungspfandrechts an einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung ein Pfändungsbeschluß und die Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich ist. Die Uebergabe des Briefes als Voraussetzung einer wirksamen Pfändung macht die mit dem Besitz desselben verbundene Legitimation zum Recht erforderlich.

Der Pfändungsbeschluß ist das Gebot an den Schuldner (Hypothekengläubiger), sich jeder Verfügung über seine Forderung und Hypothek zu enthalten, und das Verbot an den Drittschuldner, dem Schuldner zu zahlen. Drittschuldner im Sinne des Gesetzes ist sicher der persönliche Schuldner; denn nach § 830 wird die „Forderung“ gepfändet. Ob auch der mit ihm nicht notwendig identische Grundeigentümer, ist streitig, aber wegen der besonderen Bedeutung des hypothekarischen Rechts anzunehmen, zumal mit Rücksicht darauf, daß dem Grundeigentümer ein eigenes Recht auf Befriedigung des Hypothekengläubigers eingeräumt ist.[1]) Daher ist der Pfändungsbeschluß sowohl dem persönlichen Schuldner wie dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zuzustellen.

Die Uebergabe des Hypothekenbriefs ist nicht erforderlich, wenn der Vollstreckungsgläubiger ihn bereits besitzt. Gibt der Hypothekengläubiger ihn nicht freiwillig heraus, so ist der Gerichtsvollzieher kraft des Pfändungsbeschlusses, der darum die Zusammengehörigkeit von Forderung und Hypothek erkennen lassen muß, ohne weiteres befugt, den Brief wegzunehmen. Hier schiebt sich in das gerichtliche Pfändungsverfahren ein Sonderverfahren ein, das ganz den Regeln über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache (§ 883 ff. ZPO.) unterliegt. Mit der Ablieferung des Briefes an den

1) vergl. Schmidt § 149 III, Petersen Nr. 3 zu § 830, Stein III zu § 830, Jakobi, Wertpapiere S. 361 ff.

Vollstreckungsgläubiger oder den in seinem Auftrage handelnden Gerichtsvollzieher ist die Pfändung der Hypothekenforderung bewirkt. Wird der Pfändungsbeschluß schon vor der Uebergabe des Briefes dem persönlichen Schuldner oder dem Grundeigentümer zugestellt, so gilt die Pfändung ihm gegenüber mit der Zustellung als bewirkt.

Nach § 836 Abs. 3 ZPO. ist der Schuldner verpflichtet, dem Vollstreckungsgläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden. Bei Briefhypotheken hat der Vollstreckungsgläubiger ein besonderes Interesse daran, etwa vorhandene Uebertragungsurkunden in seinen Besitz zu bekommen, da ihm oft nur so die Geltendmachung der Gläubigerrechte möglich ist. Daher läßt er schon im Pfändungsbeschluß die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe solcher Urkunden feststellen, damit der Gerichtsvollzieher sie zugleich mit dem Brief fortnimmt.

Auf Grund der Pfändung wird die Hypothekenforderung dem Vollstreckungsgläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen (§ 835 ZPO.). Die Ueberweisung erfolgt durch Aushändigung des Ueberweisungsbeschlusses an ihn; mit der Zustellung des Beschlusses an den Eigentümer und den persönlichen Schuldner ist die Ueberweisung als bewirkt anzusehen. (§§ 837, 835 Abs. 3 ZPO.). Bei gewöhnlichen Forderungen ist die Ueberweisung an Zahlungsstatt die Ausnahme, da die Verwirklichung der Forderung durchaus ungewiß ist, der Vollstreckungsgläubiger aber in Höhe des Nennwertes der Forderung ohne Rücksicht auf ihre Güte als befriedigt angesehen wird. Daher werden Forderungen fast immer nur zur Einziehung überwiesen. Bei Hypothekenforderungen ist das Verhältnis beider Arten der Ueberweisung gerade umgekehrt. Denn die Natur des Hypothekenwesens bringt es mit sich, daß die hypothekarische Forderung nicht auf baldige Verwirklichung gerichtet, oft sogar auf Seiten des Schuldners für längere Zeit unkündbar ist, sie aber andererseits dem Gläubiger meist eine unbedingte Sicherheit bietet. Ueberweisungsbeschluß und Hypothekenbrief legitimieren nunmehr den Vollstreckungsgläubiger zur Geltendmachung der Hypothek an Stelle des bisherigen Gläubigers.

Entsprechend der Vorschrift des § 1159 BGB. kommen die Besonderheiten der Zwangsvollstreckung bei durch Hypothek

gesicherten Forderungen nicht zur Anwendung, soweit es sich um rückständige Nebenleistungs- und um Kostenersatzansprüche handelt. Diese gelten als abgetreten, sobald das auf die Abtretung gerichtete Urteil rechtskräftig bezw. mit der Vollstreckungsklausel versehen ist, und die Zwangsvollstreckung in sie erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in Forderungen. (§§ 830 Abs. 3, 837 Abs. 2 ZPO.). Das Vorhandensein eines Hypothekenbriefs ist also in diesen Fällen der Zwangsvollstreckung unerheblich.

4. bei Geltendmachung der Gläubigerrechte.

Die Hypothek dient zur Sicherung einer Forderung. Während § 1153 BGB. dafür Sorge trägt, daß Hypothek und Forderung auf Seiten des Berechtigten nicht auseinanderfallen, brauchen der Schuldner und der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht notwendig dieselben Personen zu sein. Das ist von Bedeutung, wenn ein Briefhypothekar die ihm zustehenden Befugnisse geltend machen will. Unter Geltendmachung der Forderung und Hypothek versteht man die Ausübung aller einem Hypothekengläubiger zustehenden Befugnisse, Kündigung, Mahnung, Klage auf Unterlassung nach § 1134 BGB. bei drohender Gefährdung der Hypothek durch Einwirkung auf das Grundstück, Klage auf Leistung, Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück usw. und die Entgegennahme der Leistung selbst. Jeder, der ein Recht geltend machen will, muß sich auf Verlangen des Gegners legitimieren. Die Art, in der sich ein Hypothekengläubiger zu legitimieren hat, ist nach dem Gesetz verschieden, je nachdem er als Inhaber der Hypothek dem Grundeigentümer oder als Gläubiger der Forderung dem Schuldner gegenübertritt. Eine solche Unterscheidung wäre aber widersinnig, wenn Schuldner und Grundeigentümer dieselbe Person sind. Daher bestimmt § 1151 BGB., daß die Vorschriften über die Geltendmachung der Hypothek auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung finden, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist. Für die Legitimation bei Geltendmachung der Gläubigerrechte dem nur persönlichen Schuldner gegenüber gelten grundsätzlich die allgemeinen Beweisregeln. Dagegen kann der Eigentümer einen besonderen Nachweis der Legitimation fordern.

Will ein Buchhypothekar seine Hypothek geltend machen, so genügt zu seiner Legitimation der Hinweis auf die Eintragung im Grundbuch. Das kann bei einer Briefhypothek nicht ausreichen. Da ihre Uebertragung auch außerhalb des Grundbuches zulässig ist, ist der eingetragene Gläubiger möglicherweise nicht mehr der Berechtigte. Hier sind der Hypothekenbrief und die etwa vorhandenen Uebertragungsurkunden ein wesentlicher Legitimationsfaktor.

Diese Uebertragungsurkunden liegen oft nur in einfacher Schriftform vor, weil diese zu einer gültigen Abtretung der Hypothek nach § 1154 BGB. ausreicht. Damit braucht sich aber der Eigentümer nicht zu begnügen. Er kann verlangen, daß der nicht im Grundbuch eingetragene Gläubiger sich durch Urkunden der in § 1155 bezeichneten Art ausweise. Denn dann erst kann er mit befreiender Wirkung an den Briefbesitzer leisten, auch wenn dieser in Wahrheit nicht Gläubiger ist. (§§ 1155, 893 BGB.). Zugleich hat er in den Fällen, in denen er die Aushändigung des Briefes und der Urkunden verlangen kann, solche in Händen, die den Erfordernissen des Grundbuchrechtes entsprechen, um die auf Grund der Geltendmachung der Gläubigerrechte erfolgte Rechtsänderung eintragen zu lassen.

a) Kündigung und Mahnung.

Die Hypothek ist nur verwertbar, wenn und soweit der Hypothekar einen fälligen Anspruch gegen den Schuldner hat und von diesem keine Befriedigung erlangt. Die klageweise Ausübung des hypothekarischen Rechts d. h. die Betreibung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück (§ 1147 BGB.) setzt daher[1]) Fälligkeit der zu Grunde liegenden Schuld voraus. Die Forderung wird fällig mit Ablauf der vereinbarten Frist, Eintritt der gesetzten Bedingung, in allen anderen Fällen erst bestimmte Zeit nach Kündigung. Hängt die Fälligkeit einer Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks erklärt wird (§ 1141 BGB.). In §§ 1115, 1118 ist bestimmt, in wieweit sich die Hypothek über die Hauptsache hinaus auch auf sonstige

1) Ausnahme: § 1133 BGB., bei Verschlechterung des Grundstücks nach erfolgloser Fristsetzung

Verpflichtungen des persönlichen Schuldners dem Eigentümer gegenüber erstreckt. Danach haftet das belastete Grundstück kraft der Hypothek auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung. Hierzu gehören an sich Verzugszinsen (§ 288 BGB.). Aber § 1146 schränkt diese Bestimmung ein: Das Grundstück haftet für Verzugszinsen nur dann, wenn auch dem Grundeigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, sodaß es auch ihm gegenüber einer Mahnung bedarf, wenn ausnahmsweise die Fälligkeit der Forderung nicht kalendermäßig festgesetzt ist. Aus all diesem ergibt sich für den Hypothekar unter den dargelegten Voraussetzungen die Notwendigkeit, auch dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks zu kündigen und ihn zu mahnen.

Kündigt nun der Gläubiger dem Grundeigentümer oder mahnt er ihn, ohne den Brief und die den Uebergang des Rechts beweisenden Urkunden vorzulegen, so kann der Eigentümer die Kündigung oder Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweisen und dadurch ihre Ungültigkeit herbeiführen. Erfolgt die Zurückweisung nicht unverzüglich, so sind Kündigung und Mahnung voll wirksam. Der persönliche Schuldner der einer Hypothek zu Grunde liegenden Forderung kann keine Vorlegung der genannten Urkunden fordern. Er ist nach den allgemeinen für die Uebertragung einer Forderung geltenden Vorschriften hinreichend geschützt. Ihm gegenüber ist eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung eine vom bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde erfolgt und der Schuldner aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist (§ 310 BGB.). Praktisch wird auch hier der neue, nicht eingetragene Hypothekengläubiger stets den Hypothekenbrief und die Uebertragungsurkunden vorlegen, da sich aus ihnen seine Legitimation ergibt.

b) im Prozeß.

Bedeutend erweitert ist die Pflicht des Gläubigers zur Legitimation, wenn er gegen den Eigentümer einen Prozeß auf Grund seines Hypothekenrechts führt. Bei Kündigung und Mahnung als die Verwirklichung von Rechten nur vorbereitenden Akten ist das Bedürfnis nach Schutz des Eigentümers nicht so groß wie in dem auf die Verwirklichung unmittelbar abzielenden Rechtsstreit. Daher bestimmt § 1160 Abs. 1 BGB., daß hier

der Geltendmachung der Hypothek jederzeit widersprochen werden kann, wenn der Gläubiger nicht den Brief und, falls er nicht eingetragen ist, die in § 1155 bezeichneten Urkunden vorlegt. Nach dem Sprachgebrauch des BGB. bedeutet dieser Widerspruch des Eigentümers das Vorbringen einer aufschiebenden Einrede. Er bewirkt die Abweisung der Klage. Erklärt sich der Gläubiger aber auf Widerspruch des Eigentümers hin zur Vorlegung bereit, so ist ihm auf seinen Antrag eine Frist hierfür zu setzen. An einer unmittelbaren Abweisung des Klägers hätte der Beklagte kein Interesse; denn da das Urteil auf Grund einer aufschiebenden Einrede ergehen würde, stände einer sofortigen Erneuerung der Klage die Rechtskrafteinrede nicht entgegen.[1]) Erfolgt die Vorlegung des Briefes und der übrigen Urkunden, so ist die Legitimation geführt und der Rechtsstreit geht weiter; der Eigentümer kann aber jederzeit erneute Vorlegung fordern, um zu prüfen, ob der Kläger zur Führung des Prozesses noch legitimiert ist. Legt der Gläubiger binnen der ihm gesetzten Frist die Urkunde nicht vor, so erfolgt nunmehr Abweisung der Klage.

Klagt der Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, so gelten hier die allgemeinen Beweisregeln, nicht die Bestimmungen des § 1160. Der Gläubiger muß also bei Bestreiten des Schuldners alle Tatsachen dartun, die das Recht als in seiner Person entstanden erscheinen lassen. Dabei kann er sich aller Beweismittel bedienen. Aber auch hier wird es am zweckmäßigsten sein, wenn er die Legitimation mit Hilfe des Hypothekenbriefs und der Uebertragungsurkunde des § 1155 führt.

c) Befriedigung des Gläubigers.

aa) durch den persönlichen Schuldner.

Da die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung regelmäßig verzinslich und eine Kündigungsfrist für die Leistung bestimmt ist, so kann diese vor Ablauf der Frist nicht bewirkt werden (vgl. § 271 BGB). Die Hypothekenforderung ist nach § 1113 stets auf Geld gerichtet, ein Recht des Gläubigers auf persönliche Leistung des Schuldners besteht also mangels besonderer Vereinbarung nicht. Daher kann außer dem Schuldner

1) RGE. Bd. 55 S. 224.

auch jeder Dritte die Leistung bewirken (§ 267 BGB.). Nimmt der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung eines Dritten nicht an, so kommt er dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug. Als besonders interessierte Leistungsberechtigte kommen der persönliche Schuldner, der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks, der Bürge und der nach § 268 Ablösungsberechtigte in Frage.

Erfüllt der Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, dem Gläubiger gegenüber die ihm obliegende Verbindlichkeit, so erlischt die Forderung (§ 362 BGB.). Eine Vorlage oder Aushändigung des Briefes kann er nicht verlangen. Hat er von einer inzwischen erfolgten Abtretung keine Kenntnis erlangt, so wird er bei Zahlung an den früheren Gläubiger nach § 407 BGB. befreit. Tritt ihm bei Vornahme der Erfüllungshandlung ein neuer Gläubiger gegenüber, so kann er freilich von diesem die Aushändigung einer Urkunde des bisherigen Gläubigers über die Abtretung fordern, falls diese ihm nicht bereits schriftlich angezeigt ist (§ 410), doch ist dies nicht Bedingung für die befreiende Wirksamkeit der Erfüllung. Ausnahmsweise kann aber auch der persönliche Schuldner Aushändigung des Briefs und der zugehörigen Urkunden fordern, nämlich dann, wenn er im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt oder ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat. (§§ 1167, 1144 BGB.). Nach § 1164 BGB. erwirbt der persönliche Schuldner die Hypothek insoweit, als er von dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. Zahlt der Schuldner dem Gläubiger einen Teil der Forderung oder Zinsen und andere Nebenleistungen, die später als in dem der Befriedigung folgenden Kalendervierteljahr fällig werden, so kann der Schuldner nach §§ 1167, 1145 nur einen Quittungsvermerk des Gläubigers auf den Brief und Vorlage des Briefes bei dem Grundbuchamt oder einem Notar zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuches oder der Herstellung eines Teilbriefes für sich verlangen. Hat der Schuldner weder Ersatzansprüche gegen den Eigentümer noch ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek, sobald die Forderung erloschen ist, und damit das Allein- oder Miteigentum am Hypothekenbrief (§ 952); zugleich steht ihm nach

§§ 894, 896 die Befugnis zu, vom Gläubiger die erforderliche Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuches zu fordern.

bb) durch den Eigentümer.

Der Eigentümer ist kraft eines ihm in § 1142 BGB. ausdrücklich zugestandenen Rechtes befugt, den Gläubiger zu befriedigen, sodaß ein Widerspruch des Schuldners im Sinne des § 267 dem Gläubiger nicht zur Zurückweisung der ihm angebotenen Leistung berechtigen könnte. Der Eigentümer braucht die Befriedigung des Gläubigers nur Zug um Zug gegen den Empfang des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden vorzunehmen, die zur Grundbuchberichtigung und zur Löschung der Hypothek erforderlich sind (§ 1144). Weigert sich der Gläubiger, diese ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, so kommt er in Verzug; der Eigentümer hat seinerseits ein Recht, die Erfüllung zu verweigern (§§ 273, 274 BGB.), und kann, falls er erfüllt hat, auf Herausgabe des Briefes klagen. Ein Recht auf Aushändigung des Hypothekenbriefes steht dem Eigentümer nicht zu, wenn er die Verpflichtung des persönlichen Schuldners nur teilweise erfüllt. Auch die Einräumung des Mitbesitzes kann er dann nicht verlangen, obwohl er Miteigentümer des Briefes ist, solange dieser noch auf die ganze Post lautet. Denn sonst würde zu jeder Verfügung über den Teilbetrag die Mitwirkung des Mitgläubigers erforderlich sein.[1] Bezieht sich nämlich die Befriedigung auf einen Teil der Forderung, auf Zinsen oder andere Nebenleistungen, die später als in den der Befriedigung folgenden Kalendervierteljahren fällig werden, so ist der Gläubiger nur verpflichtet, die Befriedigung auf den Hypothekenbrief zu vermerken und zu der Grundbuchberichtigung oder Löschung der Teilhypothek und zur Bildung eines Teilbriefes mitzuwirken (§ 1145).

cc) durch Dritte.

Ein besonderes Recht auf Befriedigung des Gläubigers steht ferner demjenigen zu, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht am Grundstück oder den Besitz desselben zu verlieren und zwar nicht erst wie in dem in § 268 bezeichneten

---

1) Rg. in Jur. W. 1908 S. 482; Motive Bd. 3 S. 759.

Regelfall, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, sondern schon, wenn er die Befriedigung aus dem Grundstück verlangt (§ 1150). Da nach §§ 1150, 268 BGB. die Forderung, soweit der Gläubiger befriedigt wird, und damit auch nach § 112, 401 BGB. die Hypothek auf den Ablösungsberechtigten übergeht, so finden bezüglich des Hypothekenbriefs die Vorschriften der §§ 1144, 1145 entsprechende Anwendung. Der Ablösungsberechtigte kann also z. B. gegen völlige Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Briefes fordern.

Ein Bürge erwirbt, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung gegen den Schuldner und damit die Hypothek und das Eigentum am Hypothekenbrief (§§ 774, 412, 401, 952), das er nach § 985 geltend machen kann. Der Besitz des Briefes zusammen mit der ihm nach § 368 BGB. zustehenden öffentlich beglaubigten Quittung geben ihm die Möglichkeit, sich als Berechtigten eintragen zu lassen.

Die Leistung eines beliebigen anderen Dritten braucht der Gläubiger nur anzunehmen, wenn der Schuldner nicht widerspricht (§ 267 BGB.). Bei dieser Art der Befriedigung wird der Gläubiger meist kraft besonderer Vereinbarungen zur Abtretung der Forderung mit Hypothek verpflichtet sein und die Uebergabe des Briefes fordern können. Will der Dritte dem Schuldner oder Eigentümer eine Schenkung machen, so kommen dieselben Vorschriften zur Anwendung, wie wenn der Schuldner oder Eigentümer den Gläubiger selbst befriedigt hätte, sodaß ihnen also das Eigentum am Hypothekenbrief zusteht und sie die Herausgabe desselben fordern können. Im übrigen hängt das Schicksal des Hypothekenbriefs von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab.

5. nach Grundbuchrecht.

Auch für das formelle Liegenschaftsrecht äußert das Vorhandensein eines Hypothekenbriefs besondere Wirkungen. Wie schon hervorgehoben wurde, soll nach der Absicht des Gesetzes der Brief ein möglichst getreues Bild der zu Grunde liegenden Hypothek geben. Damit dies erreicht werde, bestimmt § 62 BGB., daß Eintragungen bei der Hypothek vom Grundbuchamt auf dem Brief zu vermerken sind. Daher soll eine Eintragung bei einer Hypothek nur erfolgen, wenn der Brief vorliegt (§ 42 GBO.). Zugleich wird dem Grundbuchamt durch

die Vorlegung des Briefes eine Prüfung der Legitimation dessen, der die Eintragung beantragt, ermöglicht, da ja bei Briefhypotheken der Eintragungsgrundsatz durchbrochen ist und der Buchinhalt häufig mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt.

Die Vorlage des Briefes ist nur bei Eintragungen erforderlich, nicht bei anderen Tätigkeitsakten des Grundbuchamts. Daher bleiben durch diese Bestimmung insbesondere die Vorschriften des § 11 GBO. unberührt, wonach jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegt, Einsicht ins Grundbuch nehmen und eine Abschrift fordern kann, sodaß also zur Darlegung dieses Interesses die Vorlegung des Hypothekenbriefes nicht notwendig ist. Jede Eintragung erfordert die Vorlage des Briefes, mag sie nun die Rechtsstellung des Gläubigers, verbessern, verschlechtern oder ganz unberührt lassen. Das ergibt die farblose ausdrucksweise des Gesetzes: „Eintragung bei der Hypothek". Wird der Brief nicht vorgelegt, so hat das Grundbuchamt den auf eine Eintragung gerichteten Antrag zurückzuweisen, bis die Vorlage nachgeholt wird.

Es gibt aber Fälle, in denen die Verkehrssicherheit oder das überwiegende Interesse eines einzelnen eine Verzögerung der Eintragung verbietet. Das gilt dann, wenn gemäß § 54 GBO. von Amtswegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden soll und der Widerspruch sich darauf gründet, daß die Hypothek oder die Forderung, für die sie bestellt ist, nicht besteht oder einer Einrede unterliegt oder daß die Hypothek unrichtig eingetragen ist, oder, wenn jemand eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, die die Eintragung eines Widerspruchs dieser Art anordnet (§§ 54 Abs. 2, 42 Abs. 1 Satz 2 GBO.). Hier darf die Eintragung des Widerspruchs auch ohne Brief erfolgen. Das Grundbuchamt hat aber den Besitzer desselben zur Vorlegung anzuhalten und den Widerspruch nachträglich auf dem Brief zu vermerken.

Das Grundbuchamt ist ferner verpflichtet, Eintragungen, die ihrem Inhalt nach unzulässig sind, von Amtswegen zu löschen. Ist eine solche Eintragung bei einer Hypothek erfolgt, fehlt z. B. die Bezeichnung des Gläubigers, so darf das Grundbuchamt die Löschung erst vornehmen, wenn der Brief eingereicht ist, und hat daher auch hier die Befugnis, den Besitzer des Briefes dazu anzuhalten.[1])

1) vgl. Predari Nr. 16 zu § 54.

Die Art, in der in allen diesen Fällen der Besitzer des Briefes zur Vorlage anzuhalten ist, zu bestimmen, ist dem Landesrecht vorbehalten. Das Grundbuchamt fordert zweckmäßig den Besitzer zunächst auf, den Brief vorzulegen. Leistet er dieser Aufforderung keine Folge, so kann es Zwang anwenden. Das Pr. F. G. G. sieht als Zwangsmittel Ordnungsstrafen, gewaltsame Wegnahme und Leistung des Offenbarungseides vor. (A. 15—17).

Nach § 40 GBO. soll eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Von diesem Grundsatz gilt für Briefhypotheken eine Ausnahme. Hier genügt es, wenn der Betroffene im Besitz des Briefes ist und sein Gläubigerrecht sich durch eine auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Ueberweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung ergibt (§§ 40 Abs. 2 GBO., 1155 BGB.). Da in § 1155 von einer „Reihe" die Rede ist, wären an sich mindestens zwei der genannten Abtretungsakte erforderlich, sodaß also derjenige, der unmittelbar von einem eingetragenen Gläubiger erworben hat, sich erst selbst eintragen lassen müßte, bevor eine weitere Eintragung erfolgen kann, während z. B. derjenige, der von diesem vor dessen Eintragung wiederum gemäß § 1155 erwirbt, eingetragen werden kann, ohne daß es vorher der Eintragung des Rechtsvorgängers bedarf. Das kann vom Gesetz nicht gewollt sein. Man wird vielmehr schon einen einzigen Uebertragungsakt der genannten Art für ausreichend halten müssen. In § 55 hat es einen guten Grund, wenn eine „Reihe" von Abtretungsakten gefordert wird, da dort die §§ 891 ff. für anwendbar erklärt sind, diese aber beim Erwerb vom Eingetragenen auch schon ohne besondere Bestimmung zur Geltung kommen.

6. Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs.

a) als öffentliche Urkunde.

Die oben dargestellten Bestimmungen des Gesetzes über Entstehung, Inhalt und Wirkungen des Hypothekenbriefs

gestatten es, nunmehr seine rechtliche Natur zu erörtern. Das Gesetz selbst nimmt hierzu nicht ausdrücklich Stellung.[1])

Der Hypothekenbrief ist unzweifelhaft eine Urkunde, und zwar eine öffentliche Urkunde. Unter Urkunden im Rechtssinne versteht man für den Rechtsverkehr bestimmte verkörperte Erklärungen. Sie sind öffentliche Urkunden, wenn sie von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden sind (§ 415 ZPO.). Diese Merkmale sind beim Hypothekenbrief ohne weiteres ersichtlich. Die in ihm verkörperten Erklärungen sind das Zeugnis einer öffentlichen Behörde, des Grundbuchamts, über die erfolgten Eintragungen im Grundbuche.

An die Eigenschaft des Hypothekenbriefs als öffentlicher Urkunde sind im Prozeß wichtige Folgerungen geknüpft. Gemäß § 417 ZPO. begründet der Hypothekenbrief vollen Beweis für die darauf befindlichen amtlichen Erklärungen, also darüber, daß die Hypothek im Grundbuch eingetragen worden, daß sie abgetreten oder verpfändet, daß der Brief anstelle eines andern ausgestellt ist usw. Nur muß beachtet werden, daß der Hypothekenbrief auch Privatvermerke, etwa gemäß § 1145 Abs. 1 Satz 2 BGB. tragen kann und diese natürlich nicht von der Beweisregel der §§ 415, 418 ZPO. umfaßt werden, sondern, wenn sie vom Aussteller unterschrieben oder mit beglaubigten Handzeichen versehen sind, nur vollen Beweis dafür liefern, daß die betreffenden Erklärungen vom Aussteller abgegeben sind (§ 416 ZPO.).

Ferner gestattet der Hypothekenbrief als Urkunde eine Prozeßführung in der Form des Urkundenprozesses (§ 592 ff. ZPO.). Im Urkundenprozeß wird durch Beschränkung des Beweismaterials und eine dadurch bedingte Beschränkung des Tatsachenstoffes eine Beschleunigung des Prozesses erreicht. So erlangt der Kläger schneller als im ordentlichen Verfahren Urteil und Vollstreckung. Regelmäßig kann nur ein Anspruch, der die Leistung einer bestimmten Geldsumme oder einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, im Urkundenprozeß geltend gemacht werden. Aber § 592 Satz 2 ZPO. fügt ausdrücklich hinzu, daß als

---

1) Mot. Bd. 3 S. 616.

ein Anspruch, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld gilt. Das Gesetz schneidet damit jeden Streit, der im Zusammenhang mit den verschiedenen Auffassungen über die rechtliche Natur des Grundpfandrechts[1]) entstehen könnte, von vornherein ab und sieht den Anspruch des Grundpfandgläubigers hier in Uebereinstimmung mit der Theorie der Realobligation als gegen den Grundeigentümer auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück gerichtet an.

Eine Klage im Urkundenprozeß ist nur zulässig, wenn sämtliche klagebegründenden Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Da es nun für den Kläger oft sehr bedenklich ist, den Urkundenprozeß zu wählen, weil er leicht Gefahr laufen kann aus Mangel an Urkundlichkeit seines Anspruchs zu unterliegen, so wird der Urkundenprozeß nur da gewählt, wo die zu Grunde gelegten Urkunden nach der Art ihrer Entstehung und ihres Inhalts Gewähr für eine starke Beweiskraft bieten.

Erhebt ein Gläubiger die Hypothekenklage im Urkundenprozeß, so genügt es zum Beweis dafür, daß ihm die Hypothek zusteht, wenn er sich auf die Eintragung seines Rechts im Grundbuch beruft und eine beglaubigte Abschrift desselben beibringt. Noch einfacher gestaltet sich die Beweisführung des Klägers bei einer Briefhypothek. Hier braucht der Gläubiger nur den Brief und gegebenenfalls die ihn gemäß § 1155 legitimierenden Urkunden vorzulegen. Mag sich nun der Hypothekengläubiger auf die Eintragung im Grundbuch oder auf dem Inhalt des Briefes berufen, in jedem Fall steht ihm die Vermutung zur Seite, daß er der Hypothekar ist (§§ 891, 1155 BGB.). Sache des Beklagten ist es dann, den Gegenbeweis zu führen. Und da zeigt sich gerade der praktische Wert des Urkundenprozesses. Denn daß der Hypothekengläubiger zur Begründung seines Anspruchs nur auf das Grundbuch oder den Brief hinzuweisen braucht, gilt auch für das ordentliche Verfahren. Aber während sich hier der Beklagte aller Beweismittel zur Begründung seiner Einreden bedienen kann, ist er im Urkundenprozeß auf Urkunden und Eideszuschiebung beschränkt (§ 595 ZPO.). Dringt er mit diesen Beweismitteln nicht durch, so wird er unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren verurteilt

1) vgl. Wolff, § 131.

(§§ 598, 599 ZPO.), und dies Urteil ist von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären. (§ 708 Ziff. 4 ZPO.).

Mit Bezug auf die Wirkungen, die eine Urkunde auf den Prozeß ausübt, bezeichnet man sie als Beweisurkunde. Der Hypothekenbrief ist also nach dem soeben Dargelegten Beweisurkunde. Den Beweisurkunden pflegt man die konstitutiven oder dispositiven Urkunden gegenüberzustellen. Das sind Urkunden, die insofern materiell-rechtliche Bedeutung haben, als die Bildung der Urkunde zur Entstehung des verbrieften Rechts erforderlich ist.

Die Frage, ob der Hypothekenbrief zugleich konstitutive Wirkungen ausübt, wird allgemein verneint.[1]) Man weist darauf hin, daß die Belastung des Grundstücks ganz unabhängig davon entsteht, ob ein Brief gebildet wird oder nicht, und fügt hinzu: freilich sei die Belastung, bevor der Brief gebildet und dem Gläubiger ausgehändigt sei, keine Hypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld. Hierin kommt aber gerade klar zum Ausdruck, daß ohne Bildung des Briefes eine Hypothek nicht entsteht. Nun kann ja die Aushändigung des Briefes durch die Vereinbarung des § 1117, Abs. 2 ersetzt werden. Dann ist die Belastung des Grundstücks schon Fremdhypothek in dem Augenblick, wo Einigung, Eintragung und Vereinbarung vorliegen. Wird aber diese Vereinbarung nicht getroffen, so ist die Bildung des Hypothekenbriefs — und dessen Aushändigung an den Gläubiger — notwendiges Erfordernis für die Entstehung des verbrieften Rechts, d. h. der Fremdhypothek. Dem Hypothekenbrief kann also eine gewisse konstitutive Wirkung nicht abgesprochen werden.[2])

b) als Wertpapier.

Die Erörterung der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefs führt zu der Frage: Ist der Brief ein Wertpapier? Diese Frage ist von Bedeutung, weil das Gesetz häufig von Wertpapieren spricht, ohne deren Begriff zu bestimmen oder festzusetzen, welche Urkunden insgesamt damit gemeint sind.[3]) Eben deshalb ist der Begriff des Wertpapiers streitig. Im Rahmen dieser Abhandlung ist es nicht möglich, näher auf die verschiedenen Ansichten einzugehen.

---

1) vgl. Wolff, § 142 II.
2) Auch Planck II 5 zu § 1116 nimmt eine konstitutive Wirkung an.
3) vgl. §§ 232, 783 BGB., 1, 383 HGB., 592, 688, 794 ZPO.

Da es an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung der Wertpapiere mangelt, ist es zweckmäßig, um zu einer solchen zu gelangen, die einzelnen Gesetzesstellen, in denen von Wertpapieren die Rede ist, darauf zu prüfen, welches besondere und allen Wertpapieren gemeinsame Merkmal das Gesetz voraussetzt.[1]) Findet sich nun eine allen vom Gesetz geregelten Papieren gemeinsame Eigenschaft, so ergibt sich damit, daß es in diesem das Wesen des Wertpapieres erblickt. So kommt man zu der von Brunner aufgestellten[2]) und seitdem als herrschend zu bezeichnenden Begriffsbestimmung: Ein Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist. Unwesentlich ist hiernach, ob die Urkunde für die Entstehung des verbrieften Rechts Bedeutung hat, während sie andererseits eine bloße Beweiswirkung im Prozeß nicht schon zum Wertpapier macht. Kürzer, aber ungenauer[3]) sagt man auch: Wertpapiere sind Urkunden, deren Besitz zur Ausübung des verbrieften Rechts erforderlich ist. Gegen die Brunner'sche Begriffsbestimmung wird eingewandt,[4]) sie sei unrichtig und treffe nicht das Wesen der Sache. Die Unrichtigkeit soll daraus folgen, daß nach ihr auch bloße Schuldurkunden Wertpapiere wären, obwohl beide Arten in § 1807 Ziff. 4 BGB. ausdrücklich einander gegenübergestellt sind. Gewiß kann auch der Gläubiger, der ein Recht geltend machen will, über das vom Schuldner ein Schuldschein ausgestellt ist, sein Recht nur ausüben, wenn er den Schuldschein in Händen hat (§ 371 BGB.), da andernfalls der Schuldner die Leistung verweigern könnte. (§ 272). Aber behauptet der Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheins außerstande zu sein, so kann der Schuldner nur ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis über das Erlöschen der Schuld verlangen, während der Schuldner eines in einem Wertpapier verbrieften Rechts nur gegen Aushändigung des Papiers oder eines das Papier ersetzenden, im Aufgebotsverfahren ergangenen Urteils zu leisten braucht. Die Behauptung, der Brunner'sche Wertpapierbegriff treffe nicht das Wesen der Sache, ist in so weit begründet, als er nach einem äußeren Merkmal gewonnen ist. Das Wesen der Wertpapiere besteht in ihrer hohen Umsatzfähigkeit, in der sie

1) Jacobi S. 127 ff.
2) in Endemann's Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. 2 S. 170.
3) so genügt auch die Besitzdienerschaft, die ja nicht den Besitz gibt, sondern nur die tatsächliche Gewalt, zur Verwertung des verbrieften Rechts.
4) von Adler in Z. f. pr. u. öff. R. Bd. 33 S. 20.

nur von Geld übertroffen werden. Wie soll nun, sagt man, eine Bestimmung, die die Pflichten des Gläubigers einseitig erhöht, nämlich ihn zwingt, die Urkunde zu besitzen, geeignet sein, die Umsatzfähigkeit zu erhöhen? Dieser Einwand scheint zunächst berechtigt, erweist sich aber doch als haltlos: Es ist gleichgültig, ob man einen Begriff nach äußeren oder inneren Merkmalen festlegt. Beide sind einander nicht so fremd; die äußeren Merkmale sind nur das innere Wesen in seiner sinnfälligen Erscheinung. Das zeigt sich auch bei unserer Frage. Denn wenn das Gesetz verlangt, daß ein in einem Wertpapier verbrieftes Recht nur vom Besitzer der Urkunde ausgeübt werden kann, so soll gerade damit der Verkehrssicherheit und der Umsatzfähigkeit des Papiers gedient werden. Denn der Besitz vermittelt die Legitimation, den Rechtsschein, der allein oder mit anderen Tatsachen den Gläubiger oder den Schuldner oder beide schützt.[1])

Der Brunner'sche Wertpapierbegriff wird vielfach eingeschränkt. So rechnet Hachenburg[2]) nur konstitutive Urkunden, deren Besitz zur Rechtsausübung nötig ist, hierher. Gegen seine Ansicht spricht die Aktie, deren Wertpapiernatur nicht bestritten wird; und doch stehen dem Aktionär schon vor Ausstellung der Aktie die Korporationsrechte zu. Andere[3]) schließen die Rektapapiere aus, also solche ein Recht verbriefende Urkunden, die den Berechtigten nennen und nur durch Zession übertragen werden. Dagegen ist zu sagen, daß auch die Rektapapiere ebenso legitimieren wie die anderen Wertpapiere, wenn auch in geringerem Maße: Sie legitimieren den Berechtigten zu Gunsten des Schuldners als Nochberechtigten und daher versagt auch selbst dem gutgläubigen Schuldner gegenüber zu Gunsten des neuen Gläubigers der Einwand der Zahlung an den Zedenten, wenn die Zahlung nach der Zession erfolgt.[4]) Freilich schränkt das Gesetz oft selbst den nach gesetzlichen Merkmalen gefundenen Brunnerschen Begriff ein. So spricht es in § 783 BGB. und § 363 HGB. von „Geld, Wertpapieren und anderen vertretbaren Sachen", als ob nur vertretbare Urkunden Wertpapiere sein könnten: und doch ist auch der Wechsel, der gewiß nicht allgemein als vertretbar bezeichnet werden kann, unzweifel-

1) Hierzu muß auf Jacobi, S. 135 ff. verwiesen werden.
2) Beiträge zum Handelsrecht. 1895, S. 46.
3) Makower, Handelsrecht, S. 10; Adler a. a. O. Bd. 33, S. 739.
4) Jacobi S. 200 ff., 448 f.

haft ein Wertpapier. Diese und andere Beispiele[1]) beweisen also nicht die Unrichtigkeit der Brunnerschen Definition, sie zeigen vielmehr, daß diese nur der äußerste Rahmen ist, innerhalb dessen überhaupt von Wertpapieren die Rede sein kann, aber im Einzelfalle stets geprüft werden muß, welche Gruppen von Wertpapieren vom Gesetz gemeint sind.

Legen wir nun den Brunnerschen Wertpapierbegriff zu Grunde, so ergibt sich, daß der Hypothekenbrief ein Wertpapier ist. Unter Ausübung des verbrieften Rechts versteht man die Uebertragung, Belastung und Geltendmachung, sei diese Kündigung, Mahnung oder Klageerhebung. Hierzu nun ist, wie oben ausgeführt wurde, der Besitz des Briefes erforderlich Man kann den Hypothekenbrief also nach der Ausdrucksweise des Gesetzes mindestens als Wertpapier im weitesten Sinne bezeichnen. Diese Auffassung bestätigt der § 1819 BGB.[2]), der im Zusammenhang mit §§ 1814, 1818, die die Pflicht des Vormundes zur Hinterlegung von Wertpapieren und Kostbarkeiten des Mündels behandeln, auch Hypothekenbriefe als Wertpapiere bezeichnet.

Wir sahen bereits, daß der Grund, weshalb bei Wertpapieren der Besitz zur Rechtsausübung notwendig ist, darin liegt, daß der Besitz die Legitimation des Berechtigten vermittelt. Diese Legitimation, dieser Rechtsschein, schafft nicht nur die widerlegbare Vermutung, daß die Rechtslage, wie sie sich nach der Urkunde äußerlich — sinnfällig darstellt, der wahren Rechtslage entspricht, sondern sie gestattet auch Dritten, den Legitimierten ohne Gefahr als wahren Berechtigten zu behandeln. Daraus erklärt es sich, daß der Grundeigentümer und der mit ihm identische persönliche Schuldner die Vorlegung des Hypothekenbriefs und der in § 1155 bezeichneten Urkunden verlangen können, falls sie vom Gläubiger belangt werden, und daß die Uebertragung und Belastung der Hypothek an die Uebergabe des Briefes geknüpft ist. Dadurch wird dem Grundeigentümer und dem Erwerber des Rechts eine Prüfung dahin ermöglicht, ob der Besitzer wenigstens der Berechtigte zu sein scheint; denn das Vertrauen auf diesen Schein schützt ihn.

Die Legitimationskraft der Wertpapiere ist verschieden.[3]) Die Inhaberpapiere gewähren den stärksten Schutz, die Order-

---

1) Jacobi S. 130 ff.

2) den Planck II 5 zu § 1116 nach Erwägung des Für und Wider als entscheidend für unsere Frage bezeichnet.

3) Jacobi, S. 200 ff., 233 ff.

papiere stehen ihnen in dieser Hinsicht am nächsten, während die Rektapapiere die geringste Rechtsscheinwirkung ausüben. Dabei bestehen auch innerhalb einer Gruppe große Verschiedenheiten, sodaß sich der Uebergang von der einen zur andern nur allmählich vollzieht. Eine Mittelstellung nimmt auch der Hypothekenbrief ein.

Da er den Berechtigten namentlich bezeichnet, ist er Rektapapier. Ein solches legitimiert also regelmäßig in der Weise, daß der Besitzer, der nachweist, daß er berechtigt geworden ist, als noch berechtigt gilt; dieser Rechtsschein wirkt aber nur dem Schuldner gegenüber. Daher kann der aus einem Rektapapier Verpflichtete einem früheren Gläubiger, der das Recht bereits abgetreten, aber das Papier noch oder wieder in Besitz hat, als Nochberechtigten behandeln, ihm insbesondere Zahlung leisten, auch wenn ihm die Abtretung bekannt ist. Das darf er aber dann nicht, wenn der Gläubiger nicht mehr im Besitz des Wertpapiers ist, einerlei, ob er von der Abtretung weiß oder nicht. Diesem Gedanken trägt § 1156 Satz 1 BGB. für die Hypothek Rechnung. Darnach kann sich ein Hypothekenschuldner (Eigentümer) entgegen dem in §§ 406—408 BGB. ausgesprochenen Grundsatz auf die Tatsachen, die nach der Zession eingetreten sind, nicht berufen, auch wenn er die Zession nicht kannte. Da die Zession an die Uebertragung des Besitzes am Hypothekenbrief geknüpft ist, verliert der bisherige Gläubiger mit der Aufgabe des Besitzes die Legitimation als Nochberechtigter, einer Mitteilung an den Hypothekenschuldner (Eigentümer) bedarf es nicht.

Aber der Hypothekenbrief geht über diese allgemeine Rechtsscheinwirkung der Rektapapiere noch hinaus. Die grundlegende Bestimmung hierfür enthält der oben besprochene § 1155 BGB. Soweit er die Wertpapiernatur des Hypothekenbriefs betrifft, besagt er, daß der Besitzer eines Briefs, der im Grundbuch als Hypothekar eingetragen ist oder sich in der in § 1155 bezeichneten Form ausweisen kann, den vollen Schein gibt, daß er berechtigt sei. Dies bedeutet nicht nur eine Erweiterung der Legitimationskraft der Rektapapiere dem Schuldner gegenüber, sondern auch eine Ausdehnung auf Dritte: der Schuldner oder Eigentümer braucht nicht einmal zu prüfen, ob der Besitzer auch Gläubiger geworden ist, ob also der Erwerb der Hypothek materielle Gültigkeit hat (§§ 1155, 893) und ebenso ist der dritte Erwerber einer Prüfung in dieser Richtung

enthoben (§§ 1155, 892)[1]) Die Legitimationswirkung des Hypothekenbriefs ist sonach der bei Inhaberpapieren angenähert, denn hier hat der bloße Inhaber den Schein des Rechts für sich, beim Hypothekenbrief der eingetragene oder nach § 1155 bezeichnete Inhaber.

Der Hypothekenbrief ist seinem Inhalte nach ein Sachenrechtspapier: Er verbrieft die Hypothek, ein beschränktes dingliches Recht am Grundbuch. Und doch ist er auch eng mit der Forderung verknüpft. Soll die durch Hypothek gesicherte Forderung übertragen werden, so vermittelt der Besitz des Hypothekenbriefes dieses Rechtsgeschäft. Sind Grundeigentümer und persönlicher Schuldner dieselbe Person, so kann der Gläubiger, der einen Widerspruch des Schuldners von vornherein unmöglich machen will, auch die persönliche Forderung nur geltend machen, wenn er sich im Besitz des Briefes befindet.

Aus der Natur der Wertpapiere folgt, daß sie Einlösungspapiere sind, der Schuldner also nur gegen Aushändigung des Papiers zu leisten verpflichtet ist. Da das Wertpapier den Besitzer legitimiert, braucht der Schuldner nicht zu dulden, daß der durch den Besitz vermittelte Rechtsschein noch nach Erledigung des im Papier verbrieften Rechts im Verkehr weiter besteht und er Gefahr läuft, nochmals in Anspruch genommen zu werden, sei es nun, daß er nochmals leisten müßte, sei es, daß er den Nachweis zu erbringen hätte, daß die Schuld bereits erloschen ist. Daher bestimmt der § 1144 BGB., daß der Eigentümer des Grundstücks, auf dessen Belastung der Brief lautet, gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Briefes verlangen kann. Würde der Eigentümer keinen Anspruch auf Aushändigung des Briefes haben, so bestände die Möglichkeit, daß ein gutgläubiger Dritter gemäß §§ 1155, 1138, 892 die durch Befriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer übergangene Hypothek erwürbe und der Eigentümer, der bereits bezahlt hat, nochmals aus dem Grundstück in Anspruch genommen würde.

Da die Uebertragung der Wertpapiere, also des in ihnen verbrieften Rechts, erfolgt, ohne daß der Schuldner davon Mitteilung zu erhalten braucht, so weiß er regelmäßig garnicht, wer gegenwärtig Gläubiger ist. Das wird besonders dann praktisch, wenn an einem nach dem Kalender bestimmten Tag

---

1) Mot. Bd. 3, S. 753.

zu leisten ist. Hier kann es dem Schuldner nicht zugemutet werden, den gegenwärtigen Gläubiger zu ermitteln und aufzusuchen. Daher entspricht es der Billigkeit, wenn der Gläubiger dem Schuldner, der sich ja stets aus dem Papier ergibt, zu ermitteln sucht und sich durch Vorlage des Briefes oder des ihn ersetzenden Ausschlußurteils ausweist. Mit Rücksicht auf diese Eigenschaft bezeichnet man die Wertpapiere als Präsentationspapiere. Auch der Hypothekenbrief ist Präsentationspapier; auch hier ist dem Schuldner der gegenwärtige Gläubiger oft unbekannt.

E. Die wirtschaftliche Bedeutung der gesetzlichen Regelung.

1. Geschichtliche Uebersicht.

Die Bestimmungen der Rechtsordnung sollen den Erfordernissen des Verkehrs angepaßt sein. Je mehr sie den praktischen Bedürfnissen des Lebens gerecht werden, desto größer ist ihre wirtschaftliche Bedeutung.

Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts wurde die Förderung des Grundkredits in Preußen ein bedeutendes Ziel der Gesetzgebung. Bis dahin hatte die Verpfändung des unbeweglichen Besitzes nur vorübergehenden Charakter gehabt. Kurzfristige Darlehen, Verbindlichkeiten aus familienrechtlichen Verhältnissen, Kautionen bildeten im Wesentlichen die Grundlagen hypothekarischer Belastung. Nun aber begann die Hypothek sich zu einem Hilfsmittel der dauernden Kapitalsanlage und Kapitalsbildung auszugestalten. Ein wesentlicher Faktor für die Förderung des Hypothekenwesens war die durch die Schlesischen Kriege hervorgerufene Kreditnot des ländlichen Grundbesitzes und die damit in Zusammenhang stehende Begründung der Landschaften, deren Pfandbriefe im Verkehr fast die Stellung von Zahlungsmitteln gewannen. Den Abschluß dieser Entwicklung bildeten die Kodifikationen des formellen Hypothekenrechts in der Preußischen Hypothekenordnung von 1783 und des materiellen in Teil I Titel 20 des Allgemeinen Landrechts, deren Grundzüge für viele andere Staaten vorbildlich wurden. Der Aufschwung von Handel und Gewerbe zu Beginn des 19. Jahrhunderts entzog aber dem Grundbesitz wieder das von ihm benötigte Kapital, sodaß gegen die Mitte des Jahrhunderts eine neue Reformbewegung einsetzte. Zu den teilweise bis heute

noch nicht verwirklichten[1]) Forderungen dieser Richtung gehörte auch die einer größtmöglichen Vereinfachung des Hypothekenbriefes und der Hypothekenabtretung. Eine Folge dieser Bewegung waren das Preußische Eigentumserwerbsgesetz und die Preußische Grundbuchordnung, beide von 1872. Ihr Inhalt wurde wiederum von anderen deutschen Bundesstaaten übernommen und bildet die Grundlage des geltenden Rechts. Wie sehr man gerade den Hypothekenbrief für geeignet hielt, um den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, geht daraus hervor, daß im neueren preußischen Recht nur die Briefhypothek Verkehrshypothek war. Wenn auch das Reichsrecht der Buchhypothek den Verkehr geöffnet hat, so ist doch, wie Eingangs erwähnt wurde, auch heute die Briefhypothek die bei weitem beliebteste Form des Grundpfandrechts.

2. im geltenden Recht, die Mobilisierung der Hypothek.

In neuerer Zeit ist es üblich geworden, bei Abfassung von Gesetzen die inneren Beziehungen zwischen den aufzustellenden Rechtsnormen und den Bedürfnissen des Verkehrs in Motiven besonders darzustellen. Da die rechtlichen Wirkungen des Hypothekenbriefs in der Hauptsache im BGB. niedergelegt sind, geben die Motive zu diesem Gesetz[2]) über die wirtschaftliche Bedeutung des Briefs wichtige Aufschlüsse. Der Brief ist ein Auszug aus dem Grundbuch. Dieser enthält alles, was im Verkehr für die Innehabung der Hypothek irgendwie von Wichtigkeit sein könnte. Er bezeichnet insbesondere den Geldbetrag der zu Grunde liegenden Forderung, das belastete Grundstück in einer Weise, die mit einer gewissen Genauigkeit einen Rückschluß auf den Wert desselben gestattet, ferner den Eigentümer des Grundstücks, dessen Person z. B. für die Geltendmachung der Hypothek von Bedeutung ist, und den Rang der Hypothek, der zusammen mit dem Wert des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek beeinflußt. Allerdings ist der Brief nur geeignet, zur vorläufigen Orientierung zu dienen. Da eine Verfügung über die Hypothek auch außerhalb des Grundbuchs erfolgen kann, der derzeitige Inhaber des Briefes dem Grundbuchamt also, falls er nicht nachträglich seine Eintragung als

1) z. B. die Zulässigkeit von Hypothekenbriefen auf Inhaber und an Order.

2) Bd. 3 S. 612 ff., 742 ff.

Berechtigter bewirken läßt, unbekannt ist, sodaß eine entsprechende Aenderung des Brirfes wenigstens vorläufig unterbleiben muß, so stimmt der Inhalt des Grundbuchs häufig mit der wirklichen Rechtslage nicht überein: Eigentümer des Grundstücks ist nicht mehr der im Brief Bezeichnete, der Wert des Grundstücks kann sich geändert haben und diese Aenderung durch eine neu eingetragene Bezeichnung der Wirtschaftsart, Größe, des Steuerbetrages, der Feuerversicherungssumme zum Ausdruck gekommen sein, auch der Rang der Hypothek ist vielleicht nicht mehr derselbe oder der Geldbetrag einer vorhergehenden Belastung ist verringert. Zum Nachteil des Hypothekars könnte eine Aenderung hinsichtlich der vorhergehenden Eintragungen nur mit seiner Zustimmung eintreten. Ja, die Hypothek kann sogar untergegangen sein, ohne daß dies aus dem Brief irgendwie ersichtlich wäre, wie im Falle des § 131 ZVG., bezüglich der durch den Zuschlag erloschenen Hypothek. Diese Bestimmung ist aber nicht von so großer praktischer Bedeutung, wie es den Anschein hat, denn hier handelt es sich oft um unsichere und als solche aus dem Brief erkennbare Hypotheken, deren Uebernahme durch den Erwerber entweder aus persönlichen Rücksichten oder aber zu einem geringeren Preise erfolgt.[1]) So gibt hier überall erst ein Einblick ins Grundbuch verläßliche Gewißheit über die wahre Rechtslage. Dafür, daß der Brief über eine Hypothek, die schon lange besteht, und im Laufe der Zeit viele Aenderungen, sei es in der Person des Berechtigten, sei es in ihrem Inhalt erfahren hat, nicht unübersichtlich wird, sorgt der § 67 GBO., der die Möglichkeit gibt, einen solchen Brief erneuern zu lassen.

Die Entstehung der Hypothek für den Gläubiger ist daran geknüpft, daß der Eigentümer ihm den Brief aushändigt. Diese Bestimmung gestattet dem Eigentümer, den Brief zurückzuhalten und damit eine Entstehung des Rechts für den Gläubiger so lange zu verzögern, bis ihm die Gegenleistung aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis gemacht wird.[2]) So wird verhindert, daß der Gläubiger vorher zum Nachteil des Eigentümers über die Hypothek verfügt, da ja, auch wenn eine wirksame Forderung nicht besteht, der gutgläubige Erwerber Hypothekar wird. Die dem Eigentümer zustehende Einwendung, daß der Gegenwert nicht gezahlt sei,

1) Mot. Bd. 3. S. 616.
2) Motive Bd. 3. S. 747.

ginge ihm damit verloren. (§§ 1137 f., 892). Ein derartiger Schutz wird dem Besteller einer Buchhypothek nicht gewährt. Sobald diese eingetragen ist, hat der im Grundbuche bezeichnete Gläubiger die Legitimation zu einer wirksamen Verfügung über die Hypothek. Nur bei Darlehnsbuchhypotheken kann der Eigentümer, falls er gemäß § 1139 einen Widerspruch eintragen läßt, bewirken, daß Verfügungen, die innerhalb eines Monats seit Eintragung der Hypothek erfolgt sind, unwirksam werden (§§ 899, 892 BGB.). Die Wirkungen des § 1138 treten dann also nicht ein.

Wie im Falle des § 1117, so gibt der Hypothekenbrief auch bei teilweiser oder völliger Befriedigung des Gläubigers die Möglichkeit, eine Verfügung des nach dem Inhalte des Grundbuchs fälschlich noch als berechtigt bezeichneten Gläubigers zum Nachteil des persönlichen Schuldners oder des Eigentümers zu verhindern, da der Eigentümer und, soweit er ein Interesse daran hat, auch der Schuldner die Aushändigung des Briefes oder einen Quittungsvermerk auf demselben verlangen können.

Der Hauptzweck des Hypothekenbriefs ist der, die Uebertragung der Hypothek zu erleichtern. Für das Liegenschaftsrecht gilt das Eintragungsprinzip, der Grundsatz, daß ein Recht an einem Grundstück nur durch Eintragung im Grundbuch begründet, verändert oder aufgehoben werden kann. Diese zu Gunsten der Rechtssicherheit getroffene Bestimmung bedeutet auf der anderen Seite infolge der notwendigen Mitwirkung des Grundbuchamts eine erhebliche Erschwerung des Verkehrs. Das BGB., das dem bestehenden Bedürfnis nach Förderung des Grundkredits gerecht werden wollte, mußte hier seinen sonst beobachteten Grundsatz verlassen. Aus diesen Erwägungen heraus entstand die Bestimmung des § 1154, die in Verbindung mit §§ 1069, 1274 eine Uebertragung und Belastung der Hypothek unabhängig vom Grundbuch gestattet. Wie im Recht der beweglichen Sachen durch bloße Einigung über den Uebergang des Rechts und Uebergabe der Sache das Eigentum übertragen werden kann, so kann auch die Hypothekenforderung und damit nach § 1153 Abs. 1 die Hypothek durch Einigung und Uebergabe des Hypothekenbriefs übertragen werden, nur mit der einzigen Erschwerung, daß dann die auf die Rechtsänderung gerichtete Erklärung des Zedenten in Schriftform erteilt werden muß. Die Notwendigkeit der Uebergabe des Briefes bei Abtretung der Hypothek bietet erhebliche Vor-

teile.[1]) Der Besitz der Urkunde erleichtert die Erkennbarkeit des Rechtsüberganges für alle Beteiligten, die Bestimmung des Zeitpunktes der Abtretung, der z. B. im Konkurse für die Fragen von Bedeutung ist, ob die Hypothek zur Konkursmasse gehört (§ 1 KO.) oder ob ihre Uebertragung der Anfechtung unterliegt (§§ 29 ff. KO.). Die Bestimmung des § 1154 ermöglicht ferner eine Uebertragung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung und zeigt insoweit dieselben Wirkungen wie die Vorschrift des § 1117 Abs. 1. In § 1154 hat das Gesetz die Hypothek mobilisiert, vom Grundbuch losgelöst. Aber der bloße Besitz legitimiert nicht wie im Immobiliarsachenrecht zum Recht, sodaß etwa der Erwerber im Vertrauen auf die Berechtigung des Briefbesitzers geschützt würde. In § 1155 kehrt das Gesetz vielmehr zum Grundbuch zurück. So schadet dem Erwerber nicht schon grobfahrlässiges Nichtkennen der mangelnden Berechtigung des Veräußerers, sondern nur positives Kennen.

Der bisherige Gläubiger gibt die auf die Uebertragung gerichtete Erklärung im gewerbsmäßigen Hypothekenverkehr regelmäßig in der Form der öffentlichen Beglaubigung ab. Einfache Schriftform wird insbesondere dann gewählt, wenn die Hypothek nicht aus der Hand des Erwerbers in die eines Dritten gelangen soll, also z. B. im Falle einer fiduziarischen Zession, bei der von vornherein mit einer Rückabtretung an den Zedenten gerechnet wird.[2]) Ergibt sich beim Vorliegen einer bloß schriftlichen Abtretungserklärung das Bedürfnis zur Beglaubigung derselben, wie etwa zur Erlangung der Legitimation bei grundbuchmäßiger Verfügung, so hat das Zessionar immer noch nach § 403 BGB. das Recht, diese vom Zedenten zu verlangen. Ein solches Verfahren würde aber, wenn inzwischen die Person des Gläubigers mehrmals gewechselt hat, zu erheblichen Schwierigkeiten führen. — Die Bestimmung des § 1155 hat den mit ihr verfolgten Zweck nur in unvollkommener Weise erfüllt. Sie sollte der Vorschrift des § 1154 Abs. 1 eine erhöhte Bedeutung geben. Aber die Bestimmungen der §§ 891 ff. finden auf den nach § 1155 legitimierten Besitzer lediglich in dem Umfange Anwendung, wie der Inhalt des Hypothekenbriefs mit dem des Grundbuchs übereinstimmt oder ihm gemäß § 1140 vorgeht. Da bei Widersprüchen zwischen Hypothekenbrief und Grundbuch im allgemeinen das Grundbuch maßgebend

1) Mot. Bd. 3. S. 748.
2) Wolff, § 136 N 10.

ist und nur, soweit sich die Unrichtigkeit des Grundbuches aus dem Brief ergibt, dieser vorgeht, so kommt man letzten Endes doch immer zu der Notwendigkeit, auf den Grundbucheintrag zurückzugehen; denn auch hier bildet grundsätzlich nur, was im Grundbuch steht, die Unterlage für die Anwendbarkeit der §§ 891 ff.

Wenn auch die Funktion des Hypothekenbriefs zu einer Förderung des Hypothekenverkehrs beigetragen haben, so zeigt der Brief doch ebenso offenbare Nachteile.

Da der Besitz des Briefs auch einem Nichtberechtigten die Legitimation zum Recht geben kann, so besteht für den wahren Berechtigten die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung der Urkunde. Ihr Verlust kann den Verlust des Hypothekenrechts für den bisherigen Gläubiger zur Folge haben. Will der Berechtigte, der den Brief verloren hat, sich schützen, so muß er ihn für kraftlos erklären lassen. Aber das Verfahren ist nicht nur kostspielig, sondern auch schon wegen der nach § 1015 ZPO. mindestens 6 Monate betragenden Ausschlußfrist langwierig. So kommt es, daß der Hypothekenbrief bei weniger geschäftskundigen Leuten unbeliebt ist und besonders in ländlichen Gegenden vielfach die Buchhypothek der Briefhypothek vorgezogen wird. Dies war der Grund, weshalb der erste Entwurf zum BGB. die Buchhypothek als Regelfall zu Grunde legte und die Entstehung einer Briefhypothek an eine besondere Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger knüpfte.[1])

Eine weitere Unannehmlichkeit für den Berechtigten bedeuten die Bestimmungen der §§ 1160, 1161 BGB. und §§ 42, 62 GBO., die es dem Berechtigten zur Pflicht machen, bei Geltendmachung der Gläubigerrechte und bei Eintragungen im Grundbuch den Hypothekenbrief vorzulegen. Unbedeutend ist die Erschwerung für den Gläubiger, wenn Kündigung oder Mahnung durch ihn persönlich erfolgen, wenn er den Grundeigentümer also zu diesem Zwecke aufsucht. Dann genügt es, wenn er im Besitz des Briefes und der ihm nach § 1155 als berechtigt ausweisenden Urkunden ist, um dem Verlangen des Eigentümers oder Schuldners auf Vorlage entsprechen zu können. Eine außerordentliche Belastung des Gläubigers aber bedeuten die §§ 1160, 1161, wenn er die Mahnung oder Kündigung dem Eigentümer an einem anderen Ort übermitteln muß. In diesem Falle müßte der Gläubiger den Eigentümern

1) vgl. Mot. Bd. 3. S. 618.

die ihm legitimierenden Urkunden zugleich mit der Erklärung übersenden. Der Gläubiger wird aber in vielen Fällen Bedenken haben, den Brief dem Gegner auszuhändigen. Dann bliebe ihm nur der umständliche und kostspielige Weg, die Erklärung durch einen Gerichtsvollzieher nach § 132 BGB. zustellen oder durch einen Notar übermitteln zu lassen. Klagt der Gläubiger aus der Hypothek, so müßte er oder sein Prozeßvertreter bei der mündlichen Verhandlung den Brief stets mit sich führen. Denn der Gegner kann jederzeit die Vorlage fordern, einen neuen Termin nach Ablauf der für die Vorlage zu setzenden Frist erwirken und so den Prozeß mindestens verschleppen, wenn nicht gar die Abweisung der Klage herbeiführen, falls der Gläubiger vorübergehend nicht in der Lage sein sollte, den Brief vorzulegen. Diese im Widerspruchsrecht des Eigentümers begründeten Nachteile für den Gläubiger erklären es, daß dieses Recht durch Vertrag ausgeschlossen wird, freilich zu Ungunsten des Eigentümers. Denn wenn der Brief nicht vorgelegt wird, ist er stets in Ungewißheit darüber, ob derjenige, der die Hypothek geltend macht, auch der Berechtigte ist, ob also die Mahnung oder Kündigung wirksam, der Kläger für den Prozeß legitimiert ist; denn er muß sich dann auch mit jeder andern, minder sicheren Art der Legitimationsführung begnügen.

Die §§ 42, 62 GBO., die für jeden Fall einer bei der Hypothek erfolgenden Eintragung die Einreichung des Briefes an das Grundbuchamt fordern, bedeuten insofern eine Erschwerung für den Gläubiger, als er bis zur Rückgabe des Briefes die Hypothek nicht geltend machen kann, es sei denn, daß eine Vereinbarung der eben erwähnten Art getroffen ist. Hier ist ein Vertrag der Beteiligten dahin, daß die Vorlage des Briefes beim Grundbuchamt nicht erfolgen solle, unmöglich, da der § 62 dem öffentlichen Recht angehört und mangels einer gegenteiligen Bestimmung zwingend ist.

Es wurde bereits ausgeführt, daß der wirtschaftliche Wert der Hypothek sich geändert haben kann, ohne daß der Gläubiger davon Nachricht erhält, weil er die Hypothek außerhalb des Grundbuchs erworben hat und daher der zur Benachrichtigung verpflichteten Behörde nicht bekannt ist. Das gilt einmal nach § 55 GBO.: Das Grundbuchamt hat den durch eine Eintragung im Grundbuch betroffenen von dieser Eintragung Mitteilung zu machen, soweit sie aus dem Grundbuch ersichtlich sind. In diesem Falle wird also nicht der allein interessierte Zessionar

der Briefhypothek, der das Recht nach § 1154 Abs. 1 erworben hat, benachrichtigt, sondern sein aus dem Grundbuch ersichtlicher unmittelbarer oder mittelbarer Vorgänger. Von viel größerer Bedeutung ist die Tatsache der Eintragung eines Berechtigten im Grundbuch im Zwangsversteigerungsverfahren. Nur die Eintragung macht ihm zum Beteiligten im Sinne des ZVG. (§ 9 Ziff. 1) und diese Eigenschaft ist für die Stellung im gesamten Verfahren sehr erheblich. Nur dem eingetragenen Hypothekengläubiger wird die Verfügung über die Bestimmung des Versteigerungstermins besonders zugestellt. Dies ermöglicht dem Gläubiger auch in den Fällen eine Anwesenheit im Termin, in denen er nicht durch die öffentliche Bekanntmachung von dessen Stattfinden Kenntnis erlangt hat. Für die Berücksichtigung seines Rechts im Verfahren ist es allerdings ohne Einfluß, ob der Hypothekar vom Versteigerungstermin Kenntnis hat oder nicht, da sein Recht von Amtswegen in das geringste Gebot aufgenommen wird, falls es dem betreibenden Gläubiger vorgeht. Ist dies aber nicht der Fall, läuft er also Gefahr, bei der Versteigerung auszufallen, so kann er von der ihm als Beteiligten zustehenden Befugnis Gebrauch machen, eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen zu verlangen. (§ 59 ZVG.) Er kann insbesondere die Bewilligung von Zahlungsfristen für den Ersteher beantragen und so die Kauflust der Bieter anregen oder, falls mehrere Grundstücke zu versteigern sind, auch alle zusammen ausbieten lassen und so bei wirtschaftlichen Einheiten einen höheren Erlös erzielen (§§ 60, 61 ZVG.). In diesen und vielen anderen Fällen[1]) gibt das Gesetz den Beteiligten die Möglichkeit, auf den Gang des Versteigerungsverfahrens in einer ihren Interessen am meisten entsprechenden Weise einzuwirken. Diese Möglichkeit ist aber dem Hypothekar genommen, der die Hypothek durch Abtretungsvertrag und Uebergabe des Hypothekenbriefs erworben hat. Alle diese sich aus der mangelnden Eintragung ergebenden Nachteile lassen es geboten erscheinen, daß auch der Hypothekengläubiger, auf den die Hypothek nach § 1164 Abs. 1 übergegangen ist, dafür Sorge trägt, daß er nachträglich als Berechtigter im Grundbuch eingetragen wird. Hierzu bedarf er ja nur eines öffentlich beglaubigten Eintragungsantrages und,

---

1) vgl. auch §§ 64, 67, 68, 85, 94 ZVG.

anstelle der Bewilligung des Zedenten (§ 26 Abs. 1 GBO.), der regelmäßig bereits in dieser Form vorliegenden öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung des Zessionars.

So stehen auch bei der durch den Hypothekenbrief gekennzeichneten Briefhypothek Vorteile und Nachteile einander gegenüber. Wenn bei uns die Zahl der Briefhypotheken die der Buchhypotheken um ein Vielfaches übertrifft, so hat die Praxis die richtige Abwägung der besonderen Funktionen beider Hypothekenarten bereits vollzogen. Die maßgebenden Gesichtspunkte für die Bevorzugung der Briefhypothek sind vor allem: Schutz des den Brief besitzenden Gläubigers gegen Verfügungen Nichtberechtigter und die durch den Brief erleichterte Uebertragbarkeit der Hypothek.

Lebenslauf.

Ich bin am 26. Oktober 1895 in Unna geboren. Ostern 1914 bestand ich die Reifeprüfung am dortigen Realgymnasium und bezog die Universität Marburg. August 1914 trat ich als Freiwilliger ins Heer ein, war im Felde beim Infanterie-Regiment Nr. 16 und wurde dort bei einem Angriff auf die Engländer verwundet. Nach meiner Entlassung aus dem Heeresdienst setzte ich mein Studium in Marburg fort und beendigte es in Münster. Juni 1918 bestand ich in Hamm die erste juristische Prüfung und wurde zum Gerichtsreferendar ernannt. Diese Arbeit ist im Sommer 1919 angefertigt.

Erich Knieper.